

PONTIÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

ROBERTO CARLOS SILVA

INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A ANÁLISE
DO DISCURSO JURÍDICO.

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo

2011

ROBERTO CARLOS SILVA

INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A ANÁLISE
DO DISCURSO JURÍDICO.

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para a obtenção do título de doutor em Direito e Filosofia do Direito e Estado.

Orientação: Professor Doutor Tercio Sampaio Ferraz Júnior.

São Paulo
2011

Dedicatória.

Dedico o presente trabalho aos meus avós Benedito e Iraci (*in memoriam*) e aos meus pais Alair e Darci pelo exemplo de retidão e honestidade com que sempre se conduziram em suas vidas.

Agradecimentos

Agradeço ao Professor Doutor Tercio Sampaio Ferraz Junior pela atenção e paciência com que sempre conduziu a orientação do presente trabalho.

À querida Claudia Maria pela compreensão, solidariedade e estímulo mesmo na ausência e solidão que a pesquisa acadêmica impõe à família.

RESUMO

Apresenta a análise de uma interpretação do discurso jurídico pondo em relevo os aspectos da pragmática, com destaque para uma abordagem tópica-retórica do texto normativo. A discussão empreendida toma em conta aspectos teóricos do âmbito da pragmática, analisando sua presença como preocupação do homem desde há muito tempo. Para isto apresenta sua caracterização, partindo em seguida para a indicação dos elementos essenciais da retórica, com Chaïm Perelman e da tópica, com Theodor Viehweg. O estudo empreendido no trabalho de ambos é limitado à exposição do rompimento da lógica matemática e proposta de formação de racionalidade adequado ao direito, para o primeiro, e a apresentação de noções situação comunicativa e dever de prova, além da fundamentação da filosofia do direito como investigação de base a apontar uma teoria da argumentação, no segundo. Toma-se a doutrina do discurso para explicitar seus elementos e funções pragmáticas, transpondo-o para o discurso jurídico. Informa os elementos mínimos para uma definição de interpretação jurídica e ressalta-se as suas características principais. Avança na análise inicial da presença da intenção legislativa no processo de interpretação, para em seguida proceder à investigação sobre sua relação com o poder de violência simbólica. Estabelece a análise do constructo do legislador racional para fundamentar uma racionalidade jurídica adequada à valoração do aspecto pragmático da linguagem e reabre a discussão sobre o que se busca quando se interpreta, entre a vontade do legislador e da lei, apresentando a possibilidade de lidar com tal questão pragmaticamente, sem aderir a uma ou outra posição chamada de ideológica. Para explicitar a construção da interpretação pragmática do direito procede-se à análise da clareza e dúvida na interpretação jurídica. Por fim, apresenta as regras técnicas utilizadas no direito para a busca da decidibilidade, explicitando os problemas de ordem sintática, semântica e pragmática. O objetivo é a análise do discurso e linguagem jurídicos através da opção explícita da tópica-retórica, visando a fundamentar e apelar pela interpretação que leve em conta o aspecto pragmático da língua. O método utilizado é o monográfico-descritivo, com análise bibliográfica e documental. Ao final demonstra-se a viabilidade e pertinência da inclusão da pragmática como elemento essencial à interpretação do texto normativo.

Palavras-chave: Interpretação. Discurso jurídico. Situação comunicativa. Decisão. Racionalidade. Linguagem. Pragmática. Filosofia do Direito.

ABSTRACT

This work presents an analysis of the interpretation of legal discourse that highlights features of pragmatics, with emphasis on a topical-rhetorical approach of the normative text. The proposed discussion takes into account theoretical features of the pragmatics field, analyzing its presence as one of man's concerns for a long time. It reveals its characterization and then proceeds with the indication of the essential elements of rhetoric, with Chaïm Perelman, and topic with Theodor Viehweg. The study undertaken in two author's work stays limited to the exposure of rupture the mathematical logic and the proposition of forming a rationality adequate to law. It also deals with notions related to the communicative situation and the need of proof presentation, as well as the foundation of the philosophy of law as a research basis pointing to a theory of argumentation. Its take the doctrine of discourse to explain its elements and pragmatic functions, transposing it to the legal discourse. There is an Endeavour to report the minimum elements for a definition of legal interpretation, while the main characteristics are emphasized. It goes on dealing with the initial analysis of the presence of legislative intent in the interpretation process, proceeding with the investigation of the relationship of the power of symbolic violence. It establishes the analysis of the rational legislator's construct to give basis to a juridical rationality fit to value the pragmatics aspect of language; it reopens the debate of what one searches in the act of interpreting, between the will of the legislator and of the law. It becomes present the possibility of dealing with such a question pragmatically, without adhering to one or other position, that could be called ideological. In order to make explicit the construction of law pragmatic interpretation, the interpreter proceeds carefully in the analysis of the clarity and doubts of juridical interpretation. Finally, this work presents the technical rules used in law in the search of decidability, explaining the syntactic, semantic and pragmatic nature. The object aimed is the analysis of juridical discourse and language through the explicit option of topic-retoric, in the purpose of giving basis and appealing to the interpretation that takes into account the pragmatic aspect of the language. The chosen method is monographic-descriptive, through the exam of literature and documents. The final part of this work tries to demonstrate the viability and relevance of the inclusion of the pragmatic element as essential to the interpretation of legal texts.

Keywords: Interpretation. Legal discourse. Communicative situation. Decision. Rationality. Language. Pragmatics. Philosophy of Law.

RESUMEN

Presenta el análisis de la interpretación del discurso jurídico resaltando los aspectos de la pragmática, con énfasis en el enfoque tópico-retórico del texto normativo. La discusión tiene en cuenta los aspectos teóricos del ámbito pragmático, el análisis de su presencia como la preocupación del hombre desde mucho tiempo. Para eso presenta su caracterización, y luego enseguida indica los elementos esenciales de la retórica, con Chaïm Perelman y de la tópica, con Theodor Viehweg. El estudio realizado en la obra de ambos se limita a la exposición de la ruptura de la lógica matemática y la propuestas de formación del racionalidad apropiadas a lo derecho, para el primero, y la presentación de las nociones de situación comunicativa y deber de prueba, más allá de la filosofía del derecho como la investigación de base, puntos básicos de una teoría de la argumentación en el segundo. Tomamos la doctrina del discurso para aclararse sus elementos y funciones pragmáticas, y más allá transponerse al discurso jurídico. Informé de los elementos mínimos para una definición de interpretación jurídica y se resalte sus características principales. Avance en el análisis inicial de la presencia de la intención legislativa en el proceso de interpretación, para continuar luego con la investigación de su relación con el poder de violencia simbólica. Establece el análisis de la construcción del legislador racional para fundamentar una racionalidad jurídica adecuada a la dimensión pragmática del lenguaje y vuelve a abrir la discusión sobre lo que se busca en la interpretación, la voluntad del legislador u de la ley, presenta la posibilidad de hacer frente a tales cuestión de carácter pragmático, sin adherirse a una u otra posición ideológica llamada. Para dejar claro la construcción de la interpretación pragmática de la ley procede a analizar la interpretación claridad y duda en la interpretación jurídica. Por último, presenta las normas técnicas utilizadas en el derecho en la búsqueda de la decidibilidad, aclarando los problemas de orden sintáctico, semántico y pragmático. Lo objetivo es el análisis del discurso y el lenguaje jurídico a través de una elección explícita del tópico-retórico, con el objetivo de motivar y apelar a la interpretación que tenga en cuenta el aspecto pragmático del lenguaje. El método utilizado es la monografía descriptiva, análisis de la literatura y documentos jurídicos. Al final demuestra la viabilidad y la pertinencia de la inclusión del elemento pragmático como esencial para la interpretación del texto legal.

Palabras clave: Interpretación. Discurso jurídico. Situación comunicativa. Decisión. racionalidad. idioma. Pragmática. Filosofía del Derecho.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Arbeit präsentiert unter Hervorhebung pragmatischer Merkmale die Analyse einer Auslegung des juristischen Diskurses, wobei der Schwerpunkt beim topisch-rhetorischen Ansatz des normativen Textes liegt. Die vorgeschlagene Diskussion berücksichtigt die theoretischen Merkmale der Pragmatik und analysiert ihre Präsenz als eine alte Sorge des Menschen. Es wird mit ihrer Charakterisierung begonnen. Anschließend werden die wesentlichen Elemente der Rhetorik laut Chaim Perelman und der Topik laut Theodor Viehweg präsentiert. Die geleistete Studie der beiden Autoren beschränkt sich in erster Linie auf eine Auslegung über den Zerfall der mathematischen Logik und den Gestaltungsvorschlag angemessener Rationalität im Recht, und zum Zweiten befassen sie sich noch mit der Vorstellung der Begrifflichkeit der kommunikativen Situation und der Beweispflicht, sowie mit der rechtsphilosophischen Begründung als eine Basisforschung zur Argumentationstheorie. Anhand der Diskurslehre werden ihre Elemente und die pragmatische Funktionen erklärt, in dem sie auf den juristischen Diskurs übertragen werden. Die minimalen Elemente zur Definition in der juristischen Auslegung werden vorgetragen und ihre wichtigsten Merkmale betont. Nach der Anfangsanalyse über die Präsenz eines legislativen Willens im Interpretationsprozess wird fortgehend ihre Beziehung mit der Macht der symbolischen Gewalt untersucht. Die Analyse des Konstruktes eines vernünftigen Gesetzgebers wird bestimmt, um eine juristische Rationalität zu begründen, die zur Bewertung des pragmatischen Aspektes der Sprache angemessen ist und gleichzeitig eröffnet sich die Debatte darüber, wonach gesucht wird, wenn interpretiert wird, d.h. zwischen dem Willen des Gesetzgebers und des Gesetzes. Um mit dieser Situation umzugehen wird die Möglichkeit vorgetragen, pragmatisch vorzugehen ohne die eine oder die andere so genannte ideologische einhalten zu müssen. Um den Konstrukt einer pragmatischen Interpretation im Recht zu erläutern, wird mit der Analyse der Deutlichkeit und dem Zweifel bei der juristischen Interpretation fortgefahren. Schließlich werden die im Recht angewandte technische Vorschriften bei der Suche nach Entscheidbarkeit vorgetragen und die daraus entstehende syntaktische, semantische und pragmatische Probleme erklärt. Das Ziel ist eine Analyse des juristischen Diskurs und der juristischen Sprache mittels der expliziten Wahl der Rhetorik und der Topik, um zu begründen und anhand der Interpretation zu appellieren, die wiederum den pragmatischen Aspekt der Sprache berücksichtigt. Die gewählte Methode ist eine beschreibende Monographie mit bibliographischer und dokumentaler Unterstützung. Zum Schluss wird gezeigt, dass die Einbeziehung der Pragmatik als ein wesentliches Element bei der Auslegung der Gesetzestexte durchführbar und relevant ist.

Stichwörter: Interpretation. Juristischer Diskurs. Kommunikative Situation. Beschluss. Rationalität. Sprache. Pragmatik. Rechtsphilosophie.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO I - Delineamentos da Pragmática.....	19
1.1 MARCO METÓDICO: PRAGMÁTICA E ANÁLISE DO DISCURSO.....	19
1.2 PREOCUPAÇÃO ANTIGA.....	20
1.3 FONTES DA PRAGMÁTICA CONTEMPORÂNEA.....	24
1.4 OS ATOS DE LINGUAGEM.....	42
1.4.1 PRINCÍPIO DA INTERAÇÃO: PERGUNTA E RESPOSTA.....	45
1.4.1.1 Interações assimétricas.....	47
CAPÍTULO II O resgate da retórica por Chaïm Perelman.....	50
2.1 ASPECTOS ESSENCIAIS DA NOVA RETÓRICA.....	51
2.2 ARGUMENTAÇÃO, CARTESIANISMO E RAZÃO.....	52
2.3 LÓGICA FORMAL E RACIONALIDADE.....	55
2.4 A ARGUMENTAÇÃO.....	58
2.5 A ADESÃO.....	60
2.6 O AUDITÓRIO.....	61
2.7 PERSUASÃO E CONVENCIMENTO.....	64
2.8 O ACORDO.....	65
CAPÍTULO III O resgate da retórica por Theodor Viehweg.....	68
3.1 PENSAMENTO DOGMÁTICO E ZETÉTICO NO DIREITO.....	70
3.2 A FILOSOFIA DO DIREITO COMO INVESTIGAÇÃO DE BASE.....	74
3.3 INVESTIGAÇÃO DE BASE E CIÊNCIA.....	79

3.4 DISCURSO COMO INVESTIGAÇÃO BÁSICA: O CAMINHO PARA A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO.....	81
CAPÍTULO IV Fundamentos Mínimos da Teoria da Argumentação em Robert Alexy.....	89
4.1 NOÇÕES DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY.....	89
4.2 FORMAS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIAIS.....	96
4.3 DISCURSO JURÍDICO E PRÁTICO GERAL.....	97
4.4 PRINCÍPAIS CONJUNTOS DE CRÍTICAS À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ALEXY.....	100
4.4.1 CRÍTICAS À TEORIA DO DISCURSO GERAL.....	100
4.4.2 CRÍTICAS À TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO.....	102
CAPÍTULO V O Discurso.....	105
5.1 DISCURSO E SITUAÇÃO COMUNICATIVA.....	105
5.2 ELEMENTOS DO DISCURSO E FUNÇÕES PRAGMÁTICAS. LEIS DO DISCURSO.....	109
5.3 ELEMENTOS DO DISCURSO COMO COMPONENTES FUNDAMENTAIS.....	113
5.4 MODALIDADE DO DISCURSO: DIALÓGICO E MONOLÓGICO.....	117
5.5 O DISCURSO MONOLÓGICO.....	122
CAPÍTULO VI Discurso Jurídico.....	127
6.1 SITUAÇÃO COMUNICATIVA.....	127
6.2 CONFLITO JURÍDICO E DECISÃO.....	131
6.3 REFLEXIVIDADE E DISCURSO JURÍDICO.....	136
CAPÍTULO VII Uma Definição De Interpretação.....	138
7.1 INTRODUÇÃO.....	138
7.2 INTERPRETAÇÃO E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	139
7.3 COMPREENDER, EXPLICAR E DECIDIR: O APRENDER E ENSINAR.....	145

7.4 CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA...	150
7.5 A ATIVIDADE DO INTÉRPRETE DO DIREITO: IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO EXISTENTE OU CRIAÇÃO DE NOVO DIREITO.....	156
CAPÍTULO VIII Interpretação E Intenção Legislativa.....	160
8.1 "VOLUNTAS LEGIS" OU "VOLUNTAS LEGISLATORIS"? O QUE SE BUSCA NA NORMA?.....	161
8.2 A LEGISLAÇÃO SEM INTENÇÃO.....	165
8.3 A AUTORIDADE E INTENÇÃO.....	174
8.3.1 Um argumento utilitarista.....	176
7.3.2 Teorema de Condorcet.....	178
7.3.3 Síntese aristotélica.....	180
7.3.3.1 <i>Síntese individual</i>	182
7.3.3.2 <i>Síntese grupal</i>	183
CAPÍTULO IX Interpretação e Violência Simbólica.....	185
9.1 INTRODUÇÃO.....	185
9.2 INTERPRETAÇÃO E TRADUÇÃO.....	185
9.3 O PODER DE VIOLÊNCIA SIMBÓLICA.....	195
9.4 VIOLÊNCIA SIMBÓLICA.....	197
9.5 LÍNGUA HERMENÊUTICA E LEGISLADOR RACIONAL.....	202
9.6 INTERPRETAÇÃO E PARÁFRASE.....	205
9.7 INTERPRETAÇÃO VERDADEIRA E DIVERGENTE: CÓDIGOS FORTES E CÓDIGOS FRACOS.....	207
9.8 FUNÇÃO RACIONALIZADORA DA HERMENÊUTICA.....	209

CAPÍTULO X O Constructo do Legislador Racional e a Pragmática da Interpretação Legal.....	211
10.1 INTRODUÇÃO.....	211
10.2. RACIONALIDADE E INTERPRETAÇÃO RADICAL.....	212
10.3 O LEGISLADOR RACIONAL E O RACIOCÍNIO JURÍDICO.....	213
10.4 O LEGISLADOR RACIONAL E O SIGNIFICADO DO TEXTO LEGAL.....	217
10.5 PERFIL DO LEGISLADOR RACIONAL.....	221
10.6 PERFIL DO INTÉRPRETE RACIONAL DA LEI.....	223
10.7 O LEGISLADOR RACIONAL E A IDEOLOGIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	225
10.8 O LEGISLADOR RACIONAL E A RACIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO.....	230
CAPÍTULO XI Transparência e Dúvida: Pragmática da Interpretação no Direito.....	233
11.1 INTRODUÇÃO.....	233
11.2 "CLARITAS" NA DOUTRINA LEGAL DA INTERPRETAÇÃO E NA TRADIÇÃO FILOSÓFICA.....	234
11.3 CRÍTICA DA DOUTRINA TRADICIONAL.....	238
11.4 INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA.....	241
11.5 "INTERPRETATIO CESSAT IN CLARIS: O ESBOÇO DE UMA TEORIA PRAGMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO LEGAL.....	244
CONCLUSÃO.....	254
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	262

INTRODUÇÃO.

A presente investigação tem como objeto a análise do discurso e linguagem jurídicos. Parte-se da pressuposição de que a interpretação do discurso jurídico encarado apenas pela faceta tradicional do positivismo jurídico, em seus diversos aspectos, mostra-se insuficiente, diante da situação de conflito, levado a um órgão com competência específica para por fim à contenda terminado a questão posta. Para efetivar essa abordagem que possui extenso espectro, delimitaremos na interpretação realizada na prática cotidiana dos diversos centros de resolução de conflito. Mais, buscaremos uma abordagem que ponha em relevo o âmbito da pragmática na interpretação, sem ignorar, porém, os outros âmbitos da linguagem.

Para essa árdua tarefa tomaremos a abordagem tópica-retórica apresentada por Chaïm Perelman e Theodor Viehweg os quais desenvolveram noções básicas que se utilizará no desenvolvimento do tema do presente trabalho. Ressalte-se, que apesar de utilizarmos o manancial de ideias que mudaram o direito a partir da segunda metade do século passado, não nos limitaremos a abordar as suas teorias exclusivamente. Nesse passo, o caminho apontado, exemplificativamente por Viehweg, fora muito bem desenvolvido pelo professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, ao apontar uma teoria normativa que leva em conta aspectos primordiais da comunicação, com o enfoque privilegiado de um dos seus aspectos, a pragmática.

É a natureza pluridimensional do direito que nos autoriza a realização de uma abordagem que se distancia da tradicionalmente elaborada, especialmente ao adotar sentido explicitamente zetético, problematizando questões aparentemente pacíficas. É esse mesmo aspecto que nos permite conhecer as críticas entabuladas por autores como Robert Alexy ao posicionamento de Viehweg e Perelman, mas entendermos que apesar da distância no tempo as ideias iniciais de ambos os autores, conforme desenvolvida na presente tese, podem ser aproveitadas para uma contribuição consistente como um processo interpretativo no âmbito da teoria da argumentação.

A preocupação com a língua no campo jurídico diz respeito quase que exclusivamente ao aspecto semântico e sintático do discurso, ignorando ou negligenciando

por completo o aspecto pragmático. Assim, a questão que nos move é entorno da possibilidade do desenvolvimento de uma possível teoria pragmática da interpretação jurídica.

No entanto, para efetivar o objetivo proposto não nos será permitido aprofundar em discussões de fôlego sobre a temática da linguística, mas procuraremos realizar o aprofundamento necessário para apresentar resposta satisfatória ao imenso trabalho que se propôs. Não se esgotará o tema da teoria pragmática da interpretação jurídica, ante aos diversos aspectos que necessitam ser aprofundados. Neste trabalho serão apresentados os elementos mínimos necessário a atingir o delineamento do trabalho interpretativo, levando-se em conta não apenas o tradicional campo da semântica, com a busca de significado das palavras isoladamente, ou da sintaxe, tomando a relação que se dá entre os diversos termos.

Para apontar a solução das questões levantadas, será necessário apresentar um mínimo de fundamento para a racionalidade das decisões tomadas com a abordagem que estamos nos propondo.

A conjugação de propostas, portanto, é que deverá determinar o caminho a ser perseguido nesta investigação. Já sabemos por demais que a concepção formalista-normativa prevaleceu até meados do século passado. A multiplicidade de conceitos levou Hans Kelsen a propor o que chamou Teoria Pura do Direito, numa manifesta pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los coerentemente, como destaca Ferraz Júnior. Kelsen reconhece o direito como fenômeno de diversas dimensões, mas para a ciência do Direito "strictu sensu" deve ser visto como um objeto que é o que é pela sua especial forma normativa.

O que se pretende não é buscar uma releitura do tratamento dado até aqui pela hermenêutica jurídica tradicional, para ressaltar o aspecto pragmático que poderia ser utilizado em cada um dos métodos dogmáticos, mas traçar os limites claros e firmes do realce da pragmática e sua possibilidade de uso na resolução de conflitos. Para isto, não poderemos abrir mão de uma pequena referência ao resgate da retórica levado a efeito a partir de meados do século XX.

O objetivo central é, portanto, a caracterização de um modelo interpretativo que aponte para o discurso jurídico e sua linguagem como portadores não apenas dos âmbitos semântico e sintático, mas que se possa valer do âmbito da pragmática para tal finalidade.

Para levar a cabo a investigação que nos propomos tomaremos as obras de referência do professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, nas quais estabelece com seriedade, método e talento, os delineamentos básicos da utilização da pragmática na formulação da norma jurídica, bem como escancara os âmbitos da comunicação que necessariamente é estabelecida na relação jurídica.

Tomaremos, ainda, as formulações elaboradas por Chaïm Perelman e Theodor Viehweg, na disposição dos conteúdos teóricos relacionado à argumentação, a retórica, a tópica e a análise da filosofia como investigação de base.

Ressalte-se, também, a necessária abordagem de textos e obras de autores como Marcelo Dascal e Jerzy Wróblewski para a fundamentação teórica da interpretação com saliência para os aspectos pragmáticos da língua. Por fim, recorre-se a grande número de livros escritos na área, e principalmente da linguística, sem, contudo, esgotar toda a possibilidade oferecida sobre o tema, nem tão pouco a pretensão abordar o assunto de forma a não possibilitar outras discussões e novas abordagens sobre o mesmo tema, com novos enfoques.

Não pretendemos desenvolver qualquer sistema com a finalidade de crítica ao pensamento dos autores que elegemos para uma possibilidade de análise comum. Também não faremos o desenvolvimento cronológico para análise dos diversos temas que se pretende aprofundar no presente trabalho. A opção é pela ligação entre os temas apresentados pelos autores, em prejuízo da cronologia pura e simples.

A extensão e profundidade que o tema interpretação jurídica apresenta nos impõem uma limitação específica ao nosso tema, sem que possamos avançar por caminhos que uma solução completa para toda e qualquer questão que envolva a interpretação ou hermenêutica. Os limites estão dados pela apresentação dos delineamentos mínimos para a formulação inicial de uma teoria pragmática da interpretação. Não se pretende fundar uma teoria da interpretação jurídica, mas apresentar os princípios básicos para a permanente discussão do tema.

Para alcançar com pleno êxito nosso intento, levando em consideração as especificidades do tema, distribuímos a investigação em onze capítulos. Ao final será apresentada uma conclusão com os principais pontos abordados.

No primeiro capítulo da apresentaremos o marco metódico e teórico a ser desenvolvido durante todo o trabalho, uma noção mínima sobre a pragmática, relatando que não é uma novidade, mas que é antiga a sua preocupação. Apresenta-se, ainda, as fontes da pragmática contemporânea e dá-se destaque para o princípio da interação.

O segundo e terceiro capítulos apresenta-se os aspectos essenciais do pensamento de Perelman e Viehweg. Assim no capítulo II apresenta-se a defesa de Perelman quanto ruptura do modelo cartesiano, a formulação de nova concepção para a ideia de razão. Apresenta, ainda, conceitos fundamentais de argumentação, adesão a qualificação do auditório, a finalidade da persuasão e convencimento para encontro do acordo. Já no capítulo III há um privilégio na análise feita por Viehweg quanto a abordagem da filosofia do direito como investigação de base, surgindo daí noções pragmáticas básicas, como situação comunicativa e o dever de prova.

O quarto capítulo reservamos para apresentação bastante sintética das ideias principais de Robert Alexy, autor que se mostra crítico à proposta tópica-retórica inaugurada ainda no século passado, e apresentamos sucintamente a proposta feita pelo estudioso alemão. Não estabelecemos uma crítica mais veemente ao desenvolvimento ou às bases do seu trabalho, mas procuramos apresentar ao longo da presente pesquisa fundamentos a permitir sustentar o ponto de vista apresentado e fazer a defesa dos autores principais que auxiliam na fundamentação do trabalho que se apresenta.

No Capítulo V é apresentado as noções básicas do discurso, apresenta-se de modo mais percuciente a situação comunicativa, os elementos do discurso e suas funções pragmáticas. Há ainda a diferenciação entre modalidade de discurso, com a apresentação dos modelos dialógico e monológico. Discute-se as consequências de cada uma das categorias de diálogo, para apresentar qual deles o mais consentâneo com o discurso jurídico. No capítulo VI procura-se transpor as noções básicas do discurso geral para o discurso jurídico, com a relação direta que possui conflito jurídico e decisão. Esta sempre terminando o processo.

O capítulo VII inicia a definição de interpretação estabelecendo os contornos mínimos e suas características fundamentais. Antecipa-se algumas discussões que são aprofundadas adiante na investigação.

No capítulo VIII procura-se delimitar a relação existente entre interpretação e intenção legislativa, abordando a hipótese de legislação sem intenção. Antecipa-se a discussão

sobre as teorias objetiva e subjetiva quanto à interpretação legal. Apresenta-se, ainda, uma pequena análise do argumento utilitarista em favor da democracia, calcado na escolha pública por decisão da maioria e a função do bem estar social.

O capítulo IX é destinado a discutir a interpretação como exercício do poder de violência simbólica, passando pela análise da semelhança entre interpretação e tradução e como se dá o estabelecimento do critério da boa tradução e interpretação.

No capítulo X procede-se ao estudo da importância de um constructo do legislador racional, apontando o caminho da racionalidade para tal proposta, com abordagem do raciocínio jurídico. Abordar-se-á, também os elementos necessários à caracterizar o perfil do legislador e do intérprete racional. Quanto à controvérsia das teorias objetivistas e subjetivistas em relação ao que se busca na interpretação jurídica, faz-se a discussão sobre a opção ideológica para o caminho a ser adotado apontando qual a mais adequado ao legislador racional. Aponta-se o modo como fundamentar a racionalidade jurídica na relação com o constructo multimencionado.

Já o capítulo XI é destinado à discussão de aspecto fundamental à pragmática da interpretação no direito, tomando como fundamento a transparência, clareza, e dúvida. Procede-se a uma sucinta discussão sobre a doutrina da claritas, apresentando seu tratamento na doutrina jurídica e filosófica. Toma-se duas decisões dispersas durante o capítulo para a exemplificação do modo como se dá o tratamento da doutrina da clareza e dúvida, realçando seu caráter explicitamente pragmático.

CAPÍTULO I

Delineamentos da pragmática.

O presente trabalho desenvolve-se na análise do discurso jurídico, sob o ponto de vista da pragmática linguística. Esta tarefa não se apresenta com grande facilidade, tendo em vista o pouco desenvolvimento, no Brasil, desde a proposta do professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior a partir dos anos de 1970.

Para tal empreitada, tomaremos por empréstimo algumas noções e princípios delimitados por esse grande jusfilósofo, acrescentado de algumas noções apresentadas com o passar dos anos, a fim de delimitarmos e desenvolvermos o objeto de nosso estudo.

1.1 MARCO METÓDICO: PRAGMÁTICA E ANÁLISE DO DISCURSO.

A abordagem do ponto de vista pragmático deverá encontrar algumas limitações próprias para o estudo do âmbito do discurso jurídico, contornando-se, dessa forma, a extensa discussão do campo da linguística sobre a pragmática e suas implicações no campo das interações discursivas¹.

¹ O sentido de tal afirmação nos é esclarecido por Dascal com a passagem que transcrevemos a seguir: Na verdade, tais investigações sistemáticas não interessam a Carnap *per se*. O interesse dele está restrito à faculdade que elas possuem de permitir que se “aprendam aos poucos os *designata* e o modo de utilização de todas as palavras e expressões, especialmente as sentenças” (*ibidem*), conduzindo, dessa forma, às duas disciplinas que resultam da eliminação (ou da abstração) de qualquer referência ao falante – isto é, a semântica e a sintaxe lógica. Para Carnap, enquanto estas são disciplinas *teóricas*, a pragmática é tão-somente uma “disciplina empírica”, que não possui método próprio e faz uso, em vez disso, “dos resultados de diferentes ramos da ciência (principalmente da ciência social, mas também da física, da biologia e psicologia). **Interpretação e compreensão**. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2006, p.28-29. Em nota de rodapé acrescenta: Mais alguns exemplos de “investigações pragmáticas”, segundo Carnap (1942, p. 10): “uma análise fisiológica dos processos dos órgãos da fala e do sistema nervoso ligado às atividades da fala; uma análise psicológica das relações entre o

A interpretação jurídica ressaltada por sua feição discursiva apresenta algumas dificuldades que pretendemos enfrentar, sem, no entanto, a pretensão do seu esgotamento. A partir das concepções iniciais sobre a retórica, a análise da lógica formal voltada para o discurso jurídico, questões ligadas à decidibilidade, são os principais pontos que podemos identificar como marco teórico do desenvolvimento do presente trabalho.

Nos últimos anos, em especial a partir dos meados do século passado, houve o resgate de temas presentes no campo do discurso e sua aplicação em diversas disciplinas humanísticas. Nosso campo de interesse, o Direito, também viu-se sacudido por tais concepções e o empreendimento de estudos de como se dá essa abordagem discursiva. A pragmática ganha destaque nesse empreendimento, mas não foi tão explorada como os aspectos tradicionais ligados à semântica e à sintaxe, principalmente no que diz respeito à interpretação².

Iniciaremos, portanto, por uma apresentação da pragmática e sua trajetória nos últimos anos.

1.2 PREOCUPAÇÃO ANTIGA.

Há uma nítida impressão de que a pragmática invadiu muito recentemente as ciências humanas. De outro lado, ouve-se que a sua evocação para reflexão sobre linguagem é bem antiga. De fato, no encontro das reflexões das mais diferentes procedências, dificilmente a

comportamento ligado à fala e a outros comportamentos; um estudo psicológico das diferentes conotações [vinculadas às palavras] para um indivíduo e para indivíduos diferentes; estudos etnológicos e sociológicos dos hábitos de fala e de suas diferenças em diversas tribos, grupos de idade, classes sociais; um estudo dos procedimentos utilizados por cientistas para o registro dos resultados dos experimentos etc.". A palavra mais importante nessa lista é "etc". (Ibidem, p. 29).

² Afirmamos e delimitamos na interpretação, vez que o embasamento teórico sobre uma teoria normativa do direito, encontra-se firmemente concebida, em especial nas obras do Professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, exemplificativamente nas obras: *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980; *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri-SP: Monole. 2007; *Direito, Retórica e Comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1997; *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2009; *Introdução ao estudo do direito: Técnicas, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2001; *Teoria da norma jurídica*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. E esboça firmemente uma teoria pragmática hermenêutica nos textos já citados e no escrito em conjunto com MARANHÃO, Juliano S. A.. *Função Pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: Lógica do ou no Direito?* in *Revista do instituto de Hermenêutica Jurídica*, v.1, p273-318, 2007, bem assim na Obra em homenagem a Vilém Flusser, no qual apresenta o texto *Interpretação Jurídica: interpretação que comunica ou comunicação que se interpreta?*

pragmática deixa de circunscrever-se. Não se pode, no entanto “confundir a consideração de fenômenos hoje considerados como pertencentes à pragmática com a constituição de uma trama conceitual deliberadamente pragmática”(MAINGUENEAU, 1996, p. 1).

Já na Grécia antiga, com o surgimento de um pensamento linguístico discursivo, vê-se um grande interesse por aquilo a que se refere a eficácia do discurso. Aristóteles é identificado como o primeiro a levantar-se teoricamente contra o modo de pensar sofista, para quem essa corrente de pensamento representava grande perigo para a polis (OLIVEIRA, 2005, p.25).

Não há qualquer exagero quando Aubenque afirma que o principal objetivo de Aristóteles era o de responder aos sofistas (1974, p. 93) ³. Não procura aumentar o campo temático das tradições, mas busca um novo acesso para a problemática que já se apresentava. Busca um novo grau de reflexão (OLIVEIRA, 2005, p.25), sem afastar-se, porém, do campo comum do pensamento da tradição. “Pelo contrário, sua crítica se situa permanentemente, tendo consciência disso e de suas consequências ou não, no plano próprio onde emergiu a reflexão grega, que é o plano do discurso humano, da linguagem humana” (Ibidem, p.26).

Pode ser apontada a primeira diferença com Platão, o qual passou pela crítica da linguagem, ultrapassou como modo secundário do conhecimento do real Aristóteles, “embora sem consciência plena do que isso significa, reflete sempre no *horizonte da linguagem*” (OLIVEIRA, 2005, p.26, grifo do autor).

A problemática levantada pelos sofistas constituiu-se no pano de fundo de Aristóteles, o qual aponta o grande perigo para o pensamento a falta de compromisso com a verdade. Ao aceitar o combate ao modo de pensamento sofístico, o Estagirita procura constituir a fundamentação do discurso racional. Os sofistas obrigam seus opositores a adentrarem no seu campo, qual seja o do discurso humano, no qual era acentuado pelo poder de persuasão, de convicção (AUBENQUE, 1974, p. 98-99) ⁴.

³ No hay exageración alguna en decir que la especulación de Aristóteles tuvo por principal objetivo responder los sofistas; la polémica contra ellos asoma por todas partes en su obra: no sólo en sus escritos lógicos, sino en la Metafísica y hasta en la Física transluciéndose en muchos pasajes que no tratan expresamente de la sofística. p. 93 e segs.

⁴ Saliente-se que os sofistas não possuíam unidade na interpretação da linguagem humana, havendo teorias distintas. Cf. AUBENQUE; 1974, p. 98-99.

Aristóteles parte do rompimento da ligação entre palavra e coisa e tenta elaborar uma teoria da significação em que, “por um lado, afirma-se a distância entre a linguagem e ser e, por outro, tematiza-se a relação de ambos” (OLIVEIRA, 2005, p.27).

Para Aristóteles a raiz de todos os paradoxos defendidos pelos sofistas está, justamente, na falta de percepção da distância entre palavra e coisa: daí as consequências absurdas de que é impossível contradizer, todo discurso está na verdade, portanto, a própria possibilidade do erro desaparece e com isto se afirma a impossibilidade da predicação e da definição (Idem, ibidem, p. 27).

A análise dos trechos do *De interpretatione* é possível vislumbrar a noção da linguagem enquanto símbolo do real. Apenas para ilustrar, realçamos a seguinte passagem, selecionada por Oliveira:

Os sons emitidos pela fala são símbolos das *paixões* da alma, [ao passo que] os caracteres escritos [formando palavras] são os símbolos dos sons emitidos pela fala. Como a escrita, também a fala não é a mesma em toda parte [para todas as raças humanas]. Entretanto, as paixões da alma, elas mesmas, das quais esses sons falados e caracteres escritos (palavras) são originalmente signos, são as mesmas em toda parte [para toda a humanidade], como o são também os objetos dos quais essas paixões são representações ou imagens (2005, p. 81).

Neste trecho apresenta a distinção entre a palavra pronunciada e escrita e o estado psíquico a que a palavra corresponde. "A escrita tem uma referência à palavra que, por sua vez, se refere a um estado da alma. *Não há relação imediata* entre linguagem falada e ser, pois há mediação necessária dos estados psíquicos" (Oliveira. 2005, p. 29). E para um melhor esclarecimento, continua o ilustre filósofo brasileiro:

(Aristóteles afirma, porém, uma correspondência imediata entre esses estados da alma e o real - daí poder-se sustentar tanto a universalidade desses estados como a universalidade das coisas). A escritura e a palavra não têm significação em si mesmas, enquanto os estados de alma se assemelham às coisas (Idem, ibidem).

Veja-se, porém, que é preciso distinguir entre semelhança e significação. E por não haver semelhança completa entre os nomes e as coisas, é inevitável designar várias coisas com um mesmo nome.

Para os fins da exposição que se faz, não é necessário o aprofundamento de tais pontos da obra de Aristóteles, mas durante a exposição daremos continuidade na medida do necessário⁵.

No entanto, é em obra de 1662, na lógica de *Port-Royal*, que junto ao desenvolvimento propriamente lógico, identificam-se considerações de ordem pragmática, podendo citar a seguinte passagem:

⁵ A passagem servira apenas como ilustração do que se discute no momento.

Muitas vezes acontece que uma palavra, além da ideia principal que se considera como a significação própria dessa palavra, excite muitas outras ideias que se podem chamar acessórias, às quais não se presta atenção, embora o espírito receba sua impressão.

Por exemplo, quando se diz a uma pessoa, mentistes, e não só se considera a significação principal dessa expressão, é o mesmo que se lhe dissesse: sabeis o contrário do que dizeis. Mas além dessa significação principal, essas palavras carregam no emprego uma ideia de desprezo e ultraje e fazem com que se acredite que aquele que não as disse não se incomoda se nos ofende, o que as torna injuriosas e insultantes (ARNAULD; NICOLE, 1992, p. 86-87).

A formulação do conceito de ideia acessória, permite a separação do conteúdo do enunciado e a força ilocutória, ou ilocucionária. Toma-se em consideração aspectos complexos do emprego da língua, como salienta Maingueneau, “trata-se de levar em consideração a complexidade do emprego da língua, ao mesmo tempo em que se preserva a autonomia e a primazia do lógico” (1996, p. 2).

Tais afirmações têm o objetivo de apresentar que a própria gramática não deixou de levar em consideração diversos aspectos abordados pela pragmática. Assim, podemos incluir o estudo do modo, do tempo, da determinação nominal, do discurso relatado, das interjeições, e outros, trazem a análise da atividade enunciativa.

No entanto, a insistência da análise essencialmente morfossintática da tradição gramatical (FÁVERO; MOLINA, 2006, p. 49)⁶, impunha à marginalidade o caráter pragmático dos fenômenos relatados. “Um elemento como *francamente* em *Francamente, o que você acha?* era encarado, antes de mais nada, como ‘advérbio de frase’, isto é, por sua natureza e por seu alcance, não através de seu valor interlocutório”⁷ (MAINGUENEAU, 1996, p. 2-3, grifo no original).

A pragmática apresenta um espaço para repensar ruptura entre a lógica e retórica, ou no interior da linguística, entre a estrutura gramática e sua utilização. Daí, ousa-se afirmar, parte-se a diferentes linhas de desenvolvimento das “escolas” da pragmática.

⁶ Nesta obra podemos destacar a seguinte passagem: Antenor Nascente, historiando os estudos filológicos do Brasil, percebe que eles podem ser distribuídos em 4 períodos: **o primeiro**, chamado por ele de *embrionário*, começa com a cultura brasileira e vai até 1835, data de publicação do *Compêndio da gramática da língua nacional* de Antônio Álvares Pereira Coruja, seguindo exclusivamente orientação lusitana; **o segundo**, que nomeia de *empírico*, vai de 1835 – com a publicação da *primeira obra de certo valor*, do mesmo Coruja – até 1881 – data de da gramática de Júlio ribeiro; **o terceiro**, denominado de *gramatical*, vai de 1881 até 1939, data da fundação da Faculdade Nacional de Filosofia da Universidade do Brasil, p. 47-48. **O quarto**, vai de 1965 até os dias atuais e abarca uma multiplicidade de linhas de pesquisa, dentre elas as de perspectiva estrutural, funcional e gerativa, as de semântica, de sociolinguística, as de linguística histórica, as de Análise do Discurso e as de Pragmática. p. 49.

⁷ Note-se que é perfeitamente possível a classificação sob o ponto de vista da análise sintática, porém não afasta a abrangência do campo da pragmática.

Para melhor localização e entendimento das diversas “escolas”, ou linhas científicas da pragmática, é necessário a análise das fontes contemporâneas da pragmática.

1.3 FONTES DA PRAGMÁTICA CONTEMPORÂNEA.

A noção de pragmática é imprecisa, coincidindo com as tradições de diversas disciplinas e ramos do saber, como as teorias da filosofia da linguagem e comunicação, da psicologia, sociologia, retórica, da teoria dos sistemas, e aparece ocupando “cada vez mais o espaço vazio entre as análises semânticas e sintáticas da comunicação verbal” (FERRAZ JÚNIOR, 2002, p. 1)⁸.

Os autores preferem, muitas vezes, contornar a apresentação de uma definição, delimitação de seu objeto, bem como dos instrumentos metódicos a serem utilizados, ante a dificuldade de estabelecê-los de maneira uniforme.

Como salienta Brigitte Schlieben-Lange, no interesse da pragmática as linhas da tradição científica são convergentes, mas seus interesses científicos e procedimentos metodológicos são díspares (1987, p. 28)⁹. E apresenta pelo menos três linhas científicas diversas.

Para tal finalidade vai apresentar o trabalho desenvolvido por Dieter Wunderlich, intitulado “Linguistische Pragmatik”, no qual destaca a dificuldade de fixar uma definição de linguística ou de pragmática linguística. E que os autores não consideram que sua tarefa seja delimitar uma esfera definitiva do problema, senão ampliar o horizonte das considerações dos problemas que se procura explicar teoricamente porque se tropeça com eles na prática (Ibidem, p. 11). E continua:

No queremos empezar definiendo la pragmática, sino sólo formulando muy de pasada algunos planteamientos que en nuestra opinión son planteamientos pragmáticos.

⁸ O professor nos chama a atenção para o fato de faltar ainda um delineamento definitivo, ou mais definido, não só dos instrumentos metódicos, como também do objeto da pragmática.

⁹ Cf. também **Linguistische Pragmatik**. Stuttgart: Kohlhammer. 1975. p. 22.

Ante todo, preguntamos: ¿cómo se establece, con ayuda de un enunciado lingüístico, una relación con otras personas? ¿Cómo se mantienen las relaciones ya existentes? ¿Cómo se puede influir en la actuación y las ideas de otras personas? ¿Hasta qué punto pueden entenderse los enunciados lingüísticos como tipos específicos de acción? ¿Cuáles son las condiciones para que una acción de habla se realice o en determinadas circunstancias no se realice? ¿Qué consecuencias se siguen en cada caso para el interlocutor? ¿Cómo se alude en los enunciados al contexto de situación y acción existentes, y cómo a la realidad de la naturaleza, la sociedad y los procesos de trabajos (transmitida por la tradición, educación, experiencia)? (Funk-Kolleg, II, pág. 102) (Ibidem, p. 11-12)

Ante a abundância de possibilidades de definições é que vai adotar a separação analítica elaborada por Schlieben-Lange em três tipos fundamentais, quais sejam, a pragmática como doutrina do emprego dos signos, como linguística do diálogo e como teoria da ação da fala. A mesma autora chama a atenção para o fato de que as três determinações também aparecem por vezes mescladas, mas podem apresentar-se separadamente já que referem-se a relações metodológicas diferentes.

O primeiro dos tipos fundamentais de Schlieben-Lange da pragmática como doutrina do emprego dos signos trata-se, em certa medida, da definição clássica de pragmática. Morris¹⁰ faz a distinção de três relações de signos distintas: sintática, quer dizer, a união dos signos entre si; semântica, qual seja, a relação com as coisas e a realidade extralinguísticas, e, finalmente, pragmática, como relação de signos e usuários de signos (Ibidem, p. 12-13). “A esta relação chamamos de dimensão pragmática do processo semiótico e simbolizamos por ‘Dp’; a investigação desta dimensão se chama pragmática” (MORRIS. 1985, p. 32, tradução livre).

Carnap adota esta definição de pragmática, ainda que tivesse como objetivo outros interesses científicos, na sua meta de construção de uma linguagem da ciência (1942).

Tomando as definições filosóficas de pragmática como doutrina do emprego de signos, do uso de signos, da relação de signos e usuários de signos é possível comparar, até certo ponto, os intentos linguísticos de conceber uma pragmática linguística como teoria da atuação.

Este paralelismo me parece justificável, posto que em ambos os casos os signos mesmos ou, mais exatamente, um sistema linguístico que contém signos e regras sobre possíveis combinações de signos, se supõem como dado e partindo daí

¹⁰ Sobre o autor e sua obra será feita uma abordagem mais detida nas próximas páginas do presente trabalho, ainda que não com a profundidade que a temática e sua importância para o desenvolvimento da matéria pudesse merecer.

pergunta-se o que “se faz” com eles, como se empregam de fato (SCHLIEBEN-LANGE. 1987, p. 13-14; 1975, p. 10, tradução livre)¹¹.

Schlieben-Lange nos informa que a exigência de uma linguística da “parole” apareceu pouco depois de Saussure no estruturalismo europeu e que seguindo-o distingui a “langue, qual seja o sistema de signos possuído por todo falante, e “parole”, a atualização deste sistema. Os discípulos de Saussure da Escola de Genebra postularam explicitamente uma linguística da “parole”. É mencionado, ainda, como significativo a escola de Praga que converte em centro de seus trabalhos o conceito de funcionalidade da linguagem e perguntam que funções distintas podem ter os signos linguísticos em relação com os diversos elementos do processo de comunicação.

O princípio do funcionalismo da Escola de Praga conduz além da abordagem de uma mera teoria do uso linguístico, na medida em que também o contrário se que os signos se constituem só em sua funcionalidade. A crítica à concepção de uma “teoria do uso linguística” não afeta, pois, à Escola de Praga, senão que poderia partir precisamente dela (Idem, p. 14, tradução livre).

A saudosa professora alemã Brigitte Schlieben-Lange salienta o fato de ser comum às definições linguísticas e filosóficas da pragmática que foram citadas a partir das suas observações tomar como ponto de partida que existem signos, convenções de signos e sistemas de signos, que contêm signos e regras para sua combinação, que não são modificados, mas que são empregados como fixos somente, sobre a base de regras que se tem que investigar mais detidamente. Isto equivale a uma acomodação do sistema de signos: “os sistemas de signos são dados; os falantes os empregam *post factum*, sobre a base de outras regras que não afetam à constituição dos signos” (1987, p. 16; 1975, p. 12, grifo do autor, tradução livre).¹²

Esta concepção de pragmática é passível de crítica em três aspectos, primordialmente:

O primeiro dos aspectos é construído a partir da noção do método aditivo, conforme se explica adiante. Se se parte de um conceito de pragmática linguística como doutrina do emprego de signos, se trata de um método aditivo. Às regras da competência acrescenta-se ulteriormente regras da atuação. Schlieben-Lange cita S. J. Schmidt para asseverar que este dá

¹¹ Diese Parallelisierung scheint mir vertretbar, da in beiden Fällen die Zeichen selbst, bzw. ein Sprachsystem, das Zeichen und Regeln über mögliche Zeichenkombinationen enthält, als gegeben vorausgesetzt werden und nur mehr danach gefragt wird, was damit „gemacht wird“, wie sie tatsächlich verwendet werden.

¹² Die Zeichensysteme sind gegeben; die Sprecher verwenden sie *post factum* aufgrund anderer, nicht mehr die Konstitution der Zeichen betreffender Regeln.

uma ideia deste método como uma das duas possibilidades da linguística em situação atual, e acrescenta:

Nesta situação estão abertas ao menos duas possibilidades – partindo do ponto de vista da teoria científica:

1) busca-se modificar o modelo, evidentemente deficiente, da linguística atual, desenvolver novas disciplinas parciais para resolver os problemas insolúveis na antiga estrutura teórica (por exemplo, introdução *aditiva* de linguística do texto e pragmalinguística como disciplinas linguísticas parciais);

2) dedica-se a uma revisão consequente da base teórica até agora válida e se pergunta se os princípios teóricos são adequados, necessários, consistentes teoricamente e/ou empiricamente sustentáveis e si correspondem (ainda) aos interesses de investigação atuais. Em outras palavras, busca-se esboçar novos modelos de uma linguística futura que ou bem modifique o modelo antigo ou o substitua totalmente para poder responder às abordagens recentemente apresentadas (Schmidt, 1973, pág. 11) (1987, p. 17; 1975, p. 12, grifo do autor, tradução livre)¹³.

Este caráter aditivo que é posto em relevo por Hugo Steger, nos relata Schlieben-Lange, para caracterizar a pragmática linguística frente ao princípio integrativo da sociolinguística (Ibidem, p. 17; 1975, p. 13).

Vê-se, portanto, que quando se critica como aditiva a concepção da pragmática linguística como doutrina do uso linguístico, significa dizer que as novas abordagens não têm qualquer reflexo na linguística sistemática precedente e que não se pretendeu uma integração numa teoria superior (Ibidem, p. 17).

O segundo aspecto utilizado para estabelecer a crítica à concepção de pragmática que se vem desenhando até aqui é feita a partir da afirmação de que o falante, como usuário de um sistema de signos prévio, é excluído de seu papel como sujeito. Schlieben-Lange apresenta o seguinte questionamento:

Como são usados os signos? Corta o caminho para a questão: como são fornecidos os signos? Pois de fato existem signos que historicamente tem formado sistemas de signos – porém em qualquer momento podem modificar-se no uso, converte-se em objeto no discurso metacomunicativo (1987, p. 18; 1975, p.13, tradução livre)¹⁴.

¹³ In dieser Lage stehen – wissenschaftstheoretisch gesehen – zumindest zwei Möglichkeiten offen:

1) man versucht, das offensichtlich defiziente Modell der bisherigen Linguistik zu modifizieren, neue Teildisziplinen zu entwickeln, um die im alten Theoriegerüst unlösbaren Probleme zu bewältigen (z.B. *additive* Einführung von Textlinguistik und Pragmalinguistik als linguistischen Teildisziplinen);

2) man wendet sich einer konsequenten Revision der bisherigen theoretischen Basis zu und fragt, ob die bisherigen Ansätze überhaupt zutreffen, notwendig, theoretisch konsistent und/oder empirisch haltbar sind und dem gegenwärtigen Forschungsinteresse (noch) entsprechen. M. A. W. Man versucht, neue Modelle einer künftigen Linguistik zu entwerfen, die das alte Modell entweder verändern oder völlig ersetzen, um auf die neu aufgetretenen Fragestellungen antworten zu können.

¹⁴ Wie werden Zeichen verwendet?, schneidet man den Weg ab zu der Frage: Wie werden Zeichen vereinbart? Nun sind in der Tat Zeichen in historisch gewordenen Zeichensystemen vorgegeben – sie können Diskurs zum Gegenstand werden.

Como processo de conversão em signo também se pensou originariamente na semiosis. Também a Escola de Praga viu que os signos não funcionam de nenhuma maneira na sucessão, senão que se constituem só em relações funcionais (Idem, ibidem, p. 18).

Se a pragmática tem de tematizar a relação de signos e falantes, tem que evitar partir de uma prioridade do signo, e considerar duas importantes questões: como os falantes criam os signos? E, como se usam os signos? Tais perguntas somente podem ser separadas analiticamente, já que em toda comunicação entram as duas em uma: “sobre a base de signos conhecidos se criam novos planos de sentidos, nos que os antigos signos se transformam” (Ibidem, p. 18).

Há ainda um terceiro e último aspecto. O emprego e a convenção dos signos na relação dialética esboçada tem lugar sempre no diálogo. O usuário dos signos não os emprega sozinho, mas para alguém. O ouvinte intenta sintetizar suas conjecturas sobre o falante, seu conhecimento dos signos e suas próprias experiências. Se se reduz a relação pragmática à existente entre um signo e seu usuário, se altera a questão sobre o plano do diálogo, que é constitutiva para a compreensão e a interação. A pragmática linguística deveria conceber-se, antes de mais nada, no sentido de uma linguística da interação, como sustentado por Peter Hartmann, e nos informa Schlieben-Lange:

Todavía detrás do horizonte aparece una fundamentación da linguagem empregada nas dimensões do diálogo e da dialética, com o que poderia realizar-se um contato com a filosofia, que se ocupa da comunicação em interação. As questões da semântica diferenciada, do texto, do uso da linguagem e sua função indicam que o diálogo, entendido como interação verbal, deveria ser categoria base da investigação orientada aos signos e a linguagem (Hartmann, 1970, pág. 35) (1987, p. 19; 1975, p. 14)¹⁵

O segundo tipo fundamental, ainda na apresentação feita pela estudiosa alemã sobre o tema Brigitte Schlieben-Lange, é a pragmática como linguística do diálogo. Entre aqueles que defendem tal ponto de vista, é possível apontar pelo menos duas grandes correntes que divergem de maneira significativa. Isto em virtude da oposição da definição de diálogo apresentado por ambas.

O primeiro é apresentado por Althaus-Henne em que partem da ambiguidade da dicotomia saussureana – tanto o social na linguagem, o que é obrigado para uma comunidade

¹⁵ Noch inner dem Horizont liegt eine Fundierung derverwendeten Sprache in Dimensionen des Dialogs und der Dialektik, womit eine Berührung mit der Philosophie erfolgen kann, es sich mit der Kommunikation in Interaktion befaßt; Fragen der differenzierten Semantik, des Textes, der Sprachverwendung und Sprachfunktion weisen darauf hin, daß der Dialog, verstanden als verbale Interaktion, die Basiskategorie für die sprach – und zeichenorientierte Forschung sein dürfte.

linguística, como também, por outra parte, o sistema linguístico virtual que subjacente a cada atualização – parole – Porém estas duas determinações não coincidem, são antes perpendiculares entre si:

	Individual subjetivo	Interindividual objetivo	
material	Ação de fala	Obra linguística	PAROLE de Saussure
formal	Ato de fala	Criação linguística	LANGUE
	ENÉRGEIA	ERGON	
Humboldt			

Quadro 1. – (Coseriu, 1969-1970, págs. 196).

Esta crítica à ambiguidade da dicotomia saussureana a completa Althaus-Henne com a importante observação de que também depois desta explicação ainda são excluídos fenômenos inteiros que aparecem no diálogo (na esfera “dual”), e introduzem por ele uma sêxtupla divisão:

Esfera do objeto	Individualidade	Dualidade	pluralidade
Virtualidade	Competência	Código	Sistema
	Linguística	Linguístico	Linguístico
Realização	Atuação	Discurso	Norma
	Linguística	Linguístico	Linguística
Metaesfera	Psico-linguística	Pragmalinguística	Sócio-linguística

Quadro 2 – *Disciplinas linguísticas parciais para a descrição da individualidade, dualidade e pluralidade da linguagem* (Althaus-Henne, 1971, págs. 12) (Schlieben-Lange. 1987, p. 20)

Schlieben-Lange ainda apresenta as tarefas descritas por Althaus-Henne que convém ao domínio parcial da dualidade, da seguinte maneira:

O fenômeno da linguagem que é acessível à observação primária pelos linguistas é o discurso. A esta observação se dedica a pragmalinguística que infere pelo discurso sua virtualidade, o código linguístico. Neste aspecto, a pragmalinguística pode elaborar, mediante a observação de uma série de processos linguísticos de comunicação singulares, tipificações de condutas discursivas linguísticas dos usuários da língua: por conseguinte, tem de tipificar a notícia linguística referente aos comunicadores linguísticos em relação com os objetos e efeitos que estão unidos com ela. Segue-se daí tipos da notícia linguística, assim por exemplo comunicação, exigência, pergunta, resposta, saudação, súplica, alusão, piada, persuasão, convencimento, engano, ofensa, ameaça, oposição (Althaus-Henne, 1971, págs. 12 seg.) (Ibidem, p. 20-21).

A mesma Schlieben-Lange destaca as objeções contra esta divisão. A primeira delas é a total paralelização da esfera dual com a individual e a plural remete a pragmática linguística à esfera maior de uma linguística do sistema. Falta a introdução de um conceito de ação (que não é necessário para o plano competência/atuação e para o plano sistema/norma, ao menos em um grau de abstração determinado), sem dúvida imprescindível para a pragmática linguística (Ibidem, p. 21).

A segunda é a questão da convencionalidade do plano a investigar pela pragmática linguística está coberta. Do paralelismo competência linguística/código linguístico/sistema linguístico poderia concluir-se que a união do diálogo com diálogo tem sido encontrada recentemente. Porém, sem dúvida, existem agora convenções que vão mais além do correspondente diálogo e que regulam necessariamente as ações verbais (Ibidem, p. 21).

É importante deixar a observação de que a introdução da esfera dual de Althaus-Henne pode ser vista como um marco na discussão linguística entorno da distinção *langue/parole*.

Completamente diferente é o propósito de Habermas em sua *Vobereitenden Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*. A ele lhe interessa como criamos situações de comunicação, como se estabelece o plano da intersubjetividade, do diálogo em geral; dito de outro maneira: lhe interessa as condições de uma possível comunicação. Deve haver certas condições universais para que tenham lugar diálogos, e a estas as chama Habermas universais ‘pragmáticos’ ou ‘constituintes de diálogos’ (Schlieben-Lange. 1975, p.16, grifo nosso, tradução livre)¹⁶.

Schlieben-Lange aponta quais são algumas dessas condições universais citadas por Habermas:

1. Os pronomes pessoais (a causa de sua dupla função performativa/dêitica não contam entre as expressões dêiticas);
2. Palavras e frases que são empregadas para abrir uma alocução e para o apostrofe (gramaticalização: vocativo).
3. Expressões dêiticas (do espaço, do tempo); demonstrativos, artigo, numerais (gramaticalização: formas temporais, em ocasiões modo verbais).
4. Verbos performativos (gramaticalização: interrogativos, imperativo, estilo indireto).
5. Verbos intencionais para usar não ativamente, alguns advérbios modais.

¹⁶ Ganz anders liegt die Absicht bei Habermas in seinen *Vobereitenden Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*. Ihn interessiert, wie wir Kommunikationssituationen schaffen, wie die Ebene der intersubjektivität, des Dialog überhaupt, hergestellt wird, anders gesagt: ihn interessieren die Bedingungen Möglicher Kommunikation. Es muß gewisse universelle Bedingungen für das Zustandekommen von Dialogen geben, und diese nennt Habermas „pragmatische“ bzw. „dialogkonstituierende“ Universalien.

A estas classes de expressões linguísticas as chamo universais pragmáticos porque podem agregar-se a estruturas gerais da situação de fala: as classes (1) e (2) aos falantes/ouvintes e aos potenciais participantes na conversação; à classe (3) ao tempo do enunciado, ao lugar e ao espaço da perfeição do falante/ouvinte, assim como aos objetos de possíveis predicamentos; a classe (4) ao enunciado como tal, à relação do falante com suas manifestações e à relação entre os falantes e ouvintes e, finalmente, à classe (5) às intenções, atitudes e expressões do falante (Habermas, 1971, pág. 109) (1987, p. 22)¹⁷.

Tão problemático como a discussão dos universais linguísticos encontra-se a decisão do que deve ser considerado como universal na comunicação linguística. Aqui dever-se-á ter em conta que somente aquelas condições do marco da comunicação linguística, sem as quais a comunicação não pode ser imaginada são universais, mas não os elementos de comunicação que se encontram geralmente, como nos alerta Schlieben-Lange (1975, p. 17). Nestes primeiro sentido estão pensados também os universais constituintes do diálogo de Habermas.

Do que foi apresentado até aqui, vimos que as determinações da pragmática linguística se formulam como um domínio parcial da linguística referido ao diálogo em diversas relações sistemáticas. É necessário perseverar na ideia de que a fala corresponde, com o que tem a ver a pragmática linguística inclusive de acordo com o primeiro grupo de definições, somente pode imaginar-se como diálogo. “Aparentemente também as formas de atividade linguísticas não dialogadas, como o escrever prosa científica, poesia, etc., estabelecem implicitamente um plano de compreensão ainda que não sejam coletados, afirmados ou corrigidos imediatamente” (Schlieben-Lange. 1987, p. 23).

E é a mesma autora que a respeito da base da fala no diálogo seria possível elaborar questões em três níveis distintos:

Quais são as condições da possibilidade de comunicação (portanto a questão dos universais pragmáticos de Habermas)?

Como pode descrever-se de maneira geral a estrutura dos diálogos (a questão da “compreensão”, “entendimento”, “metacomunicação”, etc.)?

Como está regulado o transcurso dos diálogos em uma língua particular ou melhor dito em uma sociedade particular (a questão, pois, dos tipos de diálogos, seleção de regras, ritualizações, etc)? (1987, p. 23-24).

O terceiro e último tipo fundamental é a pragmática como teoria da ação de falar. Iniciemos pela citação feita por Schlieben-Lange da introdução de Utz Maas ao capítulo sobre “ação de falar” na linguística de Funk-Kollege:

¹⁷ Essas Reflexões são para Habermas necessárias como fundamento de uma teoria de consenso da verdade. Habermas retoma a explicação dos universais pragmáticos, como podemos ler no **Racionalidade e Comunicação**. Lisboa: Edições 70. 2002.

Nos quatro capítulos precedentes expôs-se uma teoria do uso linguístico, que amplia a análise linguística de enunciados mediante a inclusão do contexto externo numa análise do ato da fala. Nos capítulos seguintes terão que se escolher estas reflexões em uma *teoria da ação da fala*, na qual o falar deve ser entendido como uma forma de ação social.

O princípio teórico da ação não tem de entender-se como uma continuação do conceito de teoria da comunicação da primeira parte. Vez que, conduz a uma crítica fundamental deste conceito, do modelo de comunicação linguística contendo nele e da abordagem das tarefas da linguística dele derivado (Funk-Kolleg, II, pág. 144) (1987, p. 24).

Nesta espécie de definição há uma clara e explícita rejeição da chamada linguística do sistema. “Não poderia tratar-se de dispor aditivamente regras de uso para signos linguísticos, sem que as regras que têm por objeto a linguística pragmática seriam de outro tipo muito distinto, não linguístico” (Ibidem, p. 24). Estas regras teriam de formula-se no marco de uma teoria da ação. “Para la pragmática linguística em este sentido es importante lo que, en relaciones de acción, convierte a las frases en enunciados o lo que hace a las secuencias de frases ‘juegos de acciones comunicativas’” (Ibidem, p. 24-25).

Os objetos de uma pragmática linguística assim entendida estão regulados de maneira convencional. Somente se trata de outro tipo de convenção: não convenções sobre a linguagem como ação social que está unida a deveres institucionais (Idem, ibidem, p. 25).

Schlieben-Lange reconhecendo que a introdução da dimensão ação é fundamental para a pragmática linguística, formula, no entanto, duas objeções:

1. Tampouco este conceito de pragmática linguística evita o risco de materialização de sistemas de signos apresentado em parte a concepção como teoria do ‘uso linguístico’. A separação da chamada linguística do sistema se realiza de maneira radical. Ao situar-se as afirmações da pragmática linguística totalmente na esfera da teoria da ação, diminuímos o regresso à linguagem como atividade. A formação de novas unidades linguísticas se realiza na fala e no compreender, do mesmo modo que as ações verbais estão unidas a sua execução. Uma pragmática linguística como teoria da ação de falar corre em certo modo o risco de descobrir por sua parte sistemas de regras de outro tipo como supostas estaticamente. Se se concebe o falar como atividade, isto significa, sem embargo, realizar de novo manifestações com a ajuda de sistemas de regras convencionais, ou transformar com uma intenção nova em cada caso unidades ou ações de fala antigas ou também criá-las novas. A natureza da atividade de linguagem, portanto, diz respeito tanto ao seu caráter de ação como a utilização nova em cada caso de unidades linguísticas.

2. Um conceito de ação demasiado rígido faz surgir a impressão de que todos os enunciados linguísticos estariam dirigidos imediatamente à modificação da realidade existente. Entram sobretudo no campo de visão as ações verbais sistemáticas, que estão unidas diretamente com obrigações sociais, do tipo de ‘promoter’, ‘justificar-se’, etc. Existe o perigo de que fiquem fora do campo de observação de uma concepção restringida deste modo amplos domínios da fala. Porque se passam tardes inteira contando ‘histórias’, chistes? Porque conta cada membro da família aos outros o que lhe ocorreu durante o dia? Tal fala narrativa também tem de fato seu sentido social, como por exemplo o de estabelecer o sentimento de achar engraçado as mesmas coisas ou a obtenção de um nível de informação comum sobre os

interesses, ocupações e preocupações respectivas, que possam servir como base para uma ação comum. Tais fenômenos podem ser incorporados a uma investigação de ações de fala. Podem parecer, sem embargo, que este tipo de fala narrativa até agora tem-se deslizado pela rede dos teóricos da ação de fala, porque o caráter de obrigação social deste tipo de fala não é imediatamente evidente e deveriam desenvolver outras categorias de análises para ele (1987, 25-26).

Os tipos de definições de pragmática aqui citados com base nas lições apresentadas pela professora alemã Brigitte Schlieben-Lange e as alusões de possíveis críticas às reduções aplicadas mostram quantos aspectos tem essa esfera científica. E, sem dúvida, é mais simples dizer o que a pragmática não é ou não deveria ser, que defini-la propriamente. Com a mesma autora transcrevemos sua determinação provisória para posterior definição:

Na pragmática linguística se trata de uma investigação da fala – dialogada – no campo da ação e da compreensão. Trata-se de uma linguística da *parole* no sentido mais próprio: é dizer, não se tratará de estabelecer o domínio da *langue* como dado primariamente e só de buscar condições suplementares para o uso, senão melhor de investigar a linguagem como atividade que cria novos planos de sentido e trocar antigas unidades linguísticas e modelos de ação. Esta ciência da linguagem como atividade teria como objeto, em primeiro lugar, as condições universais da possibilidade de comunicação, e, em seguida, os respectivos tipos de atividades linguísticas próprias de cada língua e sociedade (ações, jogos de ações, classes de textos).

Ainda no propósito de apresentação do marco teórico e metódico do presente trabalho é que se vai apresentar, resumidamente as diversas linhas da tradição filosófica, sociais e linguística da pragmática.

A primeira pode ser chamada de pragmatismo americano, possuindo como representantes mais significativos Charles Sanders Peirce e Charles William Morris (SCHLIEBEN-LANGE.1987, p. 30)¹⁸, da qual procede o conceito de relação pragmática dos signos.

Pierce é identificado (Idem, p. 30) como o fundador do pragmatismo americano influenciando com seus trabalhos os demais pragmaticistas, em especial com seu trabalho "Wie unsere Ideen zu klären sind" no qual traz a "máxima pragmática". Tal formulação converteu-se em guia dos trabalhos sobre o tema:

Aparentemente, portanto, a regra para alcançar o terceiro grau de clareza de apreensão é a seguinte: Considerar que efeitos - que imaginavelmente possíveis de alcance prático – concebemos que possa ter o objeto de nossa concepção. A concepção desses efeitos corresponderá ao todo da concepção que tenhamos do objeto (PEIRCE, 1984, p. 59).

¹⁸ Cf. Não deixa salientar a importância de James e Dewey: Tuvieron La máxima influencia sobre los demás pragmatistas (James, Dewey) sus trabajos *Die Festlegung einer Überzeugung* (1877) y *Wie unsere Ideen zu klären sind* (1878). Em este último formula "la máxima pragmática", que habria de convertirse em guia de los trabajos pragmáticos. Idem, ibidem, p. 30.

É de reconhecer-se que estes textos foram desenvolvidos sob a influência da tradição anglo-saxônica empírico-pragmática e de fato não representam o pensamento de Peirce. Antes, porém, desta fase, aparece a discussão da crítica do conhecimento de Kant, onde surge sua primeira doutrina triádica do signo.

Um signo como tal tem três características: em primeiro lugar, é um signo em relação com uma ideia que interpreta; em segundo lugar, é um signo de um objeto, do qual é sinônima aquela ideia, e, em terceiro lugar, é um signo em um aspecto ou qualidade, que põe em relação com seu objeto (1983, p. 25).

Após sua fase pragmática, aperfeiçoa sua semiótica, trazendo os conceitos centrais de "firstness", "secondness" e "thirdness". Explica:

A categoria 'o primeiro' (*the First*) é a ideia do que é como é, sem ter em conta todos os demais. Quer dizer, que é uma qualidade do sentimento.

A categoria 'o segundo' (*the Second*) é a ideia do que é tal como é, como o segundo em relação a um primeiro, sem ter em conta os demais e sobretudo sem ter em conta qualquer lei ainda que possa corresponder a uma lei (regra). É uma reação como um elemento do fenômeno.

A terceira categoria 'o terceiro' (*the Third*) é a ideia do que é tal como é, como um terceiro ou um meio entre o segundo e seu primeiro. É representação como um elemento do fenômeno.

Firstness é um modo de ser do que é tal como é, positivo e sem relação com qualquer outra coisa.

Secondness é o modo de ser do que é tal como é, em relação com um segundo, porém sem consideração de um terceiro.

Thirdness é o modo de ser do que é tal como é, pondo em relação mútua um segundo e um terceiro (SCHLIEBEN-LANGE; 1987, p. 31, grifos do autor)¹⁹.

¹⁹ É preciso não perder de vista que tal classificação apresentada pela Professora Brigitte Schlieben-Lange diz respeito à fenomenologia desenvolvida por Peirce, conforme podemos ler no seguinte trecho da observação de Nöth: "Filósofos desde Aristóteles têm perseguido o projeto ambicioso de encontrar um número limitado de categorias que servisse de modelo capaz de conter a multiplicidade dos fenômenos do mundo. Espaço e tempo, por exemplo, são dois tipos de fenômenos que foram considerados como categorias por serem irredutíveis a outros fenômenos na nossa experiência. Aristóteles conseguiu classificar dez categorias; Kant elaborou 12, todas com base no seu sistema filosófico. Numa redução radical das listas categóricas do passado, Peirce desenvolveu uma fenomenologia de apenas três categorias universais que chamou de *Firstness*, *Secondness* e *Thirdness*, Traduzidas por primeiridade, secundidade e teceiridade". E continua: "Primeiridade é a categoria do sentimento imediato e presente das coisas, sem nenhuma relação com outros fenômenos do mundo. Na definição de Peirce, 'primeiridade é o modo de ser daquilo que é tal como é, positivamente e sem referência a outra coisa qualquer' (CP, 8.328)". "É a categoria do sentimento sem reflexão, da mera possibilidade, da liberdade, do imediato, da qualidade ainda não distinguida e da independência (CP, 1.302-303, 1328, 1531)". "Secundidade começa quando um fenômeno primeiro é relacionado a um segundo qualquer (CP, 1.356-359). É a categoria da comparação, da ação, do fato, da realidade e da experiência no tempo e no espaço: 'Ela nos aparece em fatos tais como o outro, a relação, compulsão, efeito, dependência independência, negação, ocorrência, realidade, resultado'. "Terceridade é a categoria que relaciona um fenômeno segundo a um terceiro (CP, 1.337/SS): 'É a categoria da mediação, do hábito, da memória, da continuidade, da síntese, da comunicação, da representação, da semiose e dos signos'". NÖTH, Winfried. **Panorama da semiótica: De Platão a Peirce**. São Paulo: Annablume. 1995, p. 63-64, grifos do autor. Ressalte-se, que o Próprio Peirce deixa registro deste aspecto em trechos suas correspondências com Lady Welby, conforme colacionamos: "Sabe a senhora que sou particularmente favorável à invenção de palavras novas para tradução de novas ideias. Não sei se o assunto que denomino *Ideoscopia* pode

Schlieben-Lange apresenta o pensamento de Karl-Otto Apel para iniciar a crítica da teoria do signo fundada por estas três categorias, com a seguinte afirmação:

A relação do signo (*representatio, signhood, semiosis*) como tal é tripla por princípio, quer dizer, que, grosso modo, consta do signo em sentido estrito, do objeto designado e do interpretante (*Apud SCHLIEBEN-LANGE, 1975, p. 23; 1987, p. 31* grifo do autor, tradução livre)²⁰.

De Peirce pode-se dizer (...) fundamentalmente que em uma estrita tríade (em alemão Trias): 1º, cada membro pode possuir sua função não independentemente da existência e da função dos membros restantes; 2º, uma relação diádica dupla entre um par qualquer dos membros não pode existir independentemente da existência e função do terceiro membro. Aplicado isto ao signo significa: 1º Os três membros da *semiosis*: signo em sentido estrito (o veículo material da função do signo), objetos designados (*denotata ou designata*) e interpretantes são só em virtude da *semiosis* como unidade de função tripla; 2º as três relações entre signo e objeto designado através do *interpretante*, a relação entre o intérprete (por exemplo, a consciência humana) e o objeto pela mediação do signo e, finalmente, a relação entre o signo e seu intérprete através da existência do objeto ou dos objetos que representam o valor geral do signo no domínio *extensional* (1975, p. 23-24; 1987, p. 31-32 grifos do autor, tradução livre)²¹.

ser considerado uma ideia nova, mas o vocábulo *fenomenologia* é empregado em sentido diverso. A ideoscopia consiste em descrever e classificar as ideias que estão na experiência ordinária, ou que naturalmente brotam em conexão com a vida comum, independentemente de serem válidas ou não-válidas e independentemente de sua feição psicológica. Dedicando-me ao estudo do assunto, já há muito tempo (1867), fui levado após apenas três ou quatro anos de dedicação a colocar todas as ideias em três classes, as de Primariedade, Secundariedade e Terciariedade”. “Esse tipo de noção me é tão pouco agradável como para qualquer outra pessoa e, durante muitos anos, tentei reduzir-lhe a importância e afastar-me dele. Contudo, de há muito, ele me conquistou por completo. Por desagradável que seja atribuir significação tal a números e, acima de tudo, a uma tríade, é tão desagradável quanto verdadeiro. As ideias de Primariedade, Secundariedade e Terciariedade são simples. Empréstando ao vocábulo “Ser” o mais amplo sentido possível, para nele incluir tanto ideias quanto coisas – e não só ideias que se vislumbrem, mas ideias que efetivamente ocorrem – eu definiria Primariedade, Secundariedade e Terciariedade em termos seguintes: Primariedade é o modo de ser daquilo que tal como é, positivamente e sem referência a qualquer outra coisa. Secundariedade é o modo de ser daquilo que é tal como é, com respeito a um segundo, mas independentemente de qualquer terceiro. Terciariedade é o modo de ser daquilo que é tal como é, colocando em relação recíproca um segundo e um terceiro”. PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e filosofia*. 3. ed. São Paulo: Cultrix. 1984, p. 135-136.

²⁰ Cf. APEL, Karl-Otto. *Einführung zu Peirce 1967-1970: Der philosophische Hintergrund der Entstehung des Pragmatismus bei Ch. S. Peirce*, tomo 1, p. 13-153; *Peirces Denkweg vom Pragmatismus zum Pragmatizismus*, tomo 2, p. 11-211, apud SCHLIEBEN-LANGE, op. cit., p. 31; cf. SCHLIEBEN-LANGE, Brigitte. *Linguistische Pragmatik*. Stuttgart-De: Kohlhammer. 1975, p. 23.

²¹ Die Zeichenrelation (*representatio, signhood, semiosis*) als solche ist prinzipiell dreistellig, d.h. sie besteht, grob gesagt, aus dem Zeichen im engeren Sinn, dem bezeichneten Gegenstand und dem *interpretanten* (Apel 1970, S. 81 f.).

Für Peirce gilt (...) prinzipiell, dass in einer echten Trias 1. die einzelnen Glieder ihre Funktion nicht unabhängig von der Existenz und Funktion der übrigen Glieder besitzen können, 2. eine dyadische Relation zwischen einen beliebigen Paar de Glieder nicht unabhängig von der Existenz und Funktion des dritten Gliedes bestehen kann. Auf die Zeichenrelation angewendet besagt dies: 1. Die drei Glieder der Semiosis: Zeichen im engeren Sinne (die materiellen Vehikel der Zeichenfunktion), bezeichnete Gegenstände (*Denotata bzw. Designata*) und *Interpretanten* sind, was sie sind, nur Kraft der *Semiosis* als triadischer Funktionseinheit, 2. die drei möglichen dyadischen Relationen innerhalb der Zeichenfunktion werden durch das jeweils fehlende dritte Glied begründet, d. h.: die Relation zwischen Zeichen und bezeichnetem Gegenstand durch den *Interpretanten*, die Relation zwischen Interpretant (z.B. dem menschlichen Bewußtsein und dem Gegenstand durch die Vermittlung des Zeichens, schließlich die Relation zwischen dem Zeichen und seinen Interpretanten durch die Existenz des Gegenstandes bzw. der Gegenstände, Welche den allgemein Wert des Zeichens im *extensionalen* Bereich ausmacht. cf. idem, ibidem, p. 23-24.

Com os autores mencionados, podemos concluir que toda redução da relação triádica do signo a uma relação diádica, significará uma concepção inadequada da significação e assim de toda esfera de pensamento.

Morris recorreu de modo explícito à doutrina de Peirce da tríade relações de signos. Na busca da fundamentação de uma doutrina dos signos, implica a definição clássica da relação pragmática dos signos. Sua doutrina pode ser apresentada com as seguintes características (as quais também foram postas em relevo por Peirce):

Cooperação com os cientistas emigrados do “Círculo de Viena”: Carnap, Neurath, etc. A doutrina do signo tem que ser parte integrante e fundamento de uma ciência unitária no sentido do empirismo lógico.

Princípios para a coordenação das relações dos signos no lugar da hierarquização.

Interpretações *conductistas* da relação pragmática dos signos (SCHLIEBEN-LANGE. 1975, p. 24; 1987, p. 32, grifos no original) ²².

Morris acentuava a unidade da "semiosis", do processo semiótico:

Ao processo no qual algo funciona como signo pode-se chamar *processo semiótico* ou *semiosis*. A tradição, que remonta aos gregos, comumente considera que este processo consta de três (ou quatro) fatores: do que atua como signo, daquele ao que se refere o signo e do efeito que em qualquer receptor se produz e através do qual aparecem como signos as coisas em questão. Estes três componentes da semiosis podem chamar-se respectivamente *portador de signo*, *designado* e *interpretante*; a estes acresce-se o *intérprete* como quarto elemento (MORRIS, 1985, 27, grifo do autor).

A interpretação behaviorista do papel do intérprete é considerado na obra de Morris, na afirmação, “as propriedades de ser um signo, um designado, um intérprete ou um interpretante são propriedades relacionais que adotam as coisas quando tomam parte no processo funcional da semiótica” (1987, p. 33).

Do processo unitário da significação e do funcionamento de signos, Morris apresenta três relações duplas, a saber:

Sobre a base dos três correlatos portador de signos, designado e intérprete, na tríplice relação de signos *se podem abstrair algumas relações duplas para a investigação mais exata*. Por uma parte pode-se investigar a relação entre os signos e os objetos aos que são aplicáveis. A esta dimensão chamamos *dimensão semântica do processo semiótico* e simbolizamos por “D_{sem}”; a investigação desta dimensão chamamos de semântica. Ou converte-se em objeto a relação entre signo e intérprete. A esta relação chamamos de dimensão pragmática do processo semiótico

²² Zusammenarbeit mit den emigrierten Wissenschaftlern des "Wiener Kreises": Carnap, Neurath usw. Die Zeichenlehre soll Bestandteil und Grundlegung einer Einheitswissenschaft im Sinne des logischen Empirismus sein.

Ansätze zur Beiordnung der Zeichenrelationen statt Hierarchisierung.
Behavioristische Interpretation der pragmatischen Zeichenrelation.

e simbolizamos por “D_p”; a investigação desta dimensão se chama pragmática. Há que citar-se ainda uma importante relação semiótica: a relação formal dos signos entre si. (...)

A terceira relação chamamos de *dimensão sintática do processo semiótico*, simbolizada por “D_{sin}”; e a investigação destas dimensões a chamamos de sintática (MORRIS, 1985, p. 31-32, grifos no original).

Vê-se, portanto, que para Morris a pragmática seria a investigação de dupla relação abstrata, a ciência da relação dos signos com seus intérpretes. Podemos identificar o objeto da pragmática na relação linguagem-usuário, sendo o usuário visto como intérprete do signo.

Segunda linha é a do empirismo lógico e partiu do Círculo de Viena, cujos representantes mais importantes foram Rudolf Carnap e o jovem Wittgenstein. Tiveram um claro interesse científico, que não foi comparável nem com o princípio de sentido crítico de Peirce, nem tão pouco com a orientação conducista de Morris, qual seja, “reduzir a filosofia a uma teoria científica de frases lógicas” (SCHLIEBEN-LANGE, 1975, p. 28; 1987, p. 37). Deste interesse surgiu o programa de uma ciência unitária, vez que as frases lógicas deveriam ser as mesmas para todos os ramos da ciência (APEL, 2000, p. 263-277)²³. O Círculo de Viena é dissolvido em 1938, tendo em vista os acontecimentos políticos e iniciou-se a confrontação com outras tradições. Nesse período houve o desenvolvimento de obra que se passou a designar como a filosofia tardia de Wittgenstein sob a influência dos analíticos da linguagem ingleses (SCHLIEBEN-LANGE, 1975, p. 28; 1987, p. 37-38).

Carnap, por sua vez, abraça as concepções do sistema semiótico de Morris, apresentando as relações particulares de signos como graus de abstrações crescente, da seguinte forma:

Se analisarmos uma língua, naturalmente nos interessam as expressões. Porém não precisamos necessariamente ocupar-nos de falante e designata. Ainda estes fatores estão presentes sempre que se usa a linguagem, podemos fazer abstração de um ou de ambos deles no qual tratamos de dizer sobre a língua em questão. De acordo com ele distinguimos três campos de investigação de línguas. Se em uma investigação faz-se referência explícita ao falante, ou, em termos mais gerais, ao usuário de uma língua, ingressamos no campo da *pragmática*. (não importa para esta classificação se se faz referência ou não ao designado neste caso). Porém, se fazemos abstração do usuário da linguagem e analisamos somente as expressões e seus designados, estamos no campo da *semântica*. E se, finalmente, fazemos abstração dos designados também e analisamos unicamente as relações entre as expressões, estamos na *sintaxe* (lógica). O conjunto da ciência da linguagem que consta das três partes mencionadas se chama *semiótica*.

²³ A essa ideia Karl-Otto Apel denomina de solipismo metódico na filosofia linguístico-analítica. Cf. **Transformação da Filosofia II – o a priori da comunidade de comunicação**. São Paulo: Edições Loyola. 2000, p. 263-277.

Exemplos de investigações *pragmáticas* são: uma análise fisiológica dos processos nos órgãos de formação e no sistema nervoso em relação com as atividades de falar; uma análise psicológica das relações entre conduta falante e outra conduta; um estudo psicológico das diferentes conotações de uma e a mesma palavra para diferentes indivíduos; estudos etimológicos (1) e sociolinguísticos dos hábitos falantes e suas diferenças em diferentes tribos, grupos diferentes em idade, extratos sociais; um estudo dos procedimentos aplicados pelos cientistas no registro dos resultados de experimento, etc. (idem, ibidem, p. 28-29; p. 38-39, tradução livre)²⁴.

É perfeitamente possível identificar em Carnap a constatação de que a relação pragmática é a relação mais ampla, chegando a apontar que para a linguística a semiótica descritiva é a pragmática fundamental e constantemente presente

Linguística, no sentido mais amplo, é o ramo da ciência que contém toda a investigação empírica sobre linguagem. É a parte descritiva, empírica da semiótica (das línguas faladas ou escritas); portanto, consiste em pragmática, semântica descritiva e sintaxe descritiva. Mas essas três partes não estão no mesmo nível; *pragmática é a base para todos os da linguística*. No entanto, isso não significa que, dentro da linguística, devemos sempre se referem explicitamente aos usuários da língua em questão. Uma vez que as características semânticas e sintáticas de uma língua têm sido encontradas por meio da pragmática, podemos voltar nossa atenção para longe dos usuários e limitar a essas características semânticas e sintáticas. Assim e. g. as duas declarações antes mencionadas não contêm referências explícitas pragmático. Deste modo, a semântica descritiva e sintaxe são, estritamente falando, as peças da pragmática (CARNAP. 1942, p. 13, grifos do autor, tradução livre)²⁵.

Com tal enfoque do empirismo lógico é possível afirmar-se que a sintaxe e a semântica pura podem de fato abstrair-se completamente da pragmática. Que na tradição do empirismo lógico - apesar da superioridade projetada por Carnap - a pragmática desempenhara o papel de um “cesto de lixo”, devido à concentração em problemas de sintaxe e semântica pura (SCHLIEBEN-LANGE, 1975, p. 29, tradução livre)²⁶

²⁴ Tradução livre. Cf. SCHLIEBEN-LANGE. Op. cit., p. 38-39:

If we are analyzing a language, then we are concerned, of course, with expressions. But we need not necessarily also deal with speakers and designate. Although these factors are present whenever language is used, we may abstract from one or both so them in what we intend to say about the language in question. Accordingly, we distinguish tree fields of investigation of languages. If in an investigation explicit reference is made to the speaker, or, to put it in more general terms, to the user of a language, then we assign it to the field of *pragmatics*. (Whether in this case reference to designate is made or not makes no difference for this classification)

²⁵ Linguistic, in the widest sense, is that branch of science which contains all empirical investigation concerning language. It is the descriptive, empirical part of semiotic (of spoken or written languages); hence it consists of pragmatics, descriptive semantics, and descriptive syntax. *But these three parts are not on the same level; pragmatics is the basis for all of linguistics*. However, it does not mean that, within linguistics, we must always explicitly refer to the users of the language in question. Once the semantical and syntactical features of a language have been found by way of pragmatics, we may turn our attention away from the users and restrict it to those semantical and syntactical features. Thus e. g. the two statements mentioned before no longer contain explicit pragmatical references. In this way, descriptive semantics and syntax are, strictly speaking, parts of pragmatics CARNAP, Rudolf. **Introduction to Semantics**. Cambridge. 1942, p. 13.

²⁶ Daß in der Tradition des logischen Empirismus die Pragmatik – trotz der von Carnap skizzierten Überordnung – eine „Papierkorb“ rolle spielte, liegt an der Konzentration auf Probleme der reinen Syntax und Semantik.

É preciso não perder de vista a que uma definição da pragmática influenciada por um modelo residual, tal qual proposto por Carnap²⁷ quando define o seu domínio, é um ponto de referência importante. Podendo, no entanto, serem apontados dois principais problemas:

1. Se a eliminação dos falantes é praticável, se é possível desenvolver uma semântica e uma sintaxe das linguagens naturais independentes da pragmática.
2. A dissolução da pragmática em um punhado de ciências diversas, privando-a, dessa forma, de um objeto bem definido e um método.

Não se pode perder de vista que Carnap desenvolveu sua concepção em estreita relação com Morris e este, por sua vez, ao esboçar um sistema semiótico, já tinha como meta delinear um código, um catálogo para uma ciência unitária, tal como idealizado pelos empiristas lógicos. Há que se ter em conta que à medida que a gramática transformacional e a semântica lógica convergem, os problemas e valorações do empirismo lógico aparecem novamente na linguística (SCHLIEBEN-LANGE, 1975, p. 29; 1987, p. 40).

A terceira corrente a apresentar outra abordagem da pragmática é a filosofia da linguagem cotidiana, que também recebe o nome de teoria do ato da fala (Idem, ibidem, p. 30; p. 40-41)²⁸. Essa linha procura tratar da verdade das frases e o fato das significações. Encontra sobre a base da linguagem cotidiana e quer mostrar que “muitos problemas que tem ocupado à filosofia são unicamente problemas do uso linguístico” (Idem, ibidem, p. 30; p. 41). E mais, por isso dedica-se a análise linguística com o propósito filosófico terapêutico. Esse interesse científico que sobressai nesta linha necessita ser levado em conta para compreender-se que a teoria do ato da fala busca mais pelo problema do significado e a referência, que por uma fundamentação teórica da ação.

Podemos relacionar entre seus defensores Wittgenstein (tardio), Austin, Searle e Grice.

Como afirmamos acima, o jovem Wittgenstein buscou construir uma linguagem descritiva, que refletisse as realidades do mundo, tema que foi muito caro ao Círculo de Viena, ao qual também pertencia. Porém, mais de trinta anos depois, na sua Investigações Filosóficas dá uma guinada completa para a análise estilística, procurando mostrar os

²⁷ DASCAL, Marcelo. **Interpretação e compreensão**. São Leopoldo-RS: Unisinos. 2006. p. 29. O autor em notas de rodapé destaca o fato de tal definição ter sido declarada irrelevante para a pragmática atual e as inconsistências na concepção de Carnap da Pragmática.

²⁸ É também nominada de Ordinary Language Philosophy ou Oxford Philosophy.

problemas que aparecem ao esboçar uma linguagem descritiva lógica, os quais são aparentes e sugerem a linguagem cotidiana.

A respeito disto, analisa o uso de expressões como “ele considera”, “ele entende”. Uma explicação destes problemas só se pode conceber-se quando por detrás de palavras filosoficamente duvidosas não se busca uma razão, mas também nos situamos no ponto de vista de que seu significado é precisamente seu uso (idem. *ibidem*, p. 30; p. 41).

Nas exatas palavras de Wittgenstein, “para uma grande classe de casos de uso da palavra ‘significado’ – ainda que não para todos os casos de seu uso – pode explicar-se assim esta palavra: o significado de uma palavra é seu uso na linguagem” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 24, tradução livre).

Entra aqui a discussão a respeito da utilização da língua, pela tradição filosófica, apenas para a descrição do mundo²⁹. Aparecem outras possibilidades de emprego, também em ações linguísticas, em jogos linguísticos, que se encontram integrados de maneira vital.

Repita-se, a filosofia da linguagem cotidiana desenvolve-se em absoluta oposição dos empiristas lógicos, abandonando a ideia de busca de construção de uma linguagem lógica ideal. Investiga-se a linguagem diária de uma maneira “quase ensaísta, marcadamente sem pretensões em suas armadilhas para o uso linguístico” (SCHLIEBEN-LANGE, p. 32; p. 43).

Dascal faz um acréscimo para distinguir o campo da pragmática, tomando como ponto de partida os resíduos de outras teorias para encontrar a matéria prima da pragmática. Parte da cesta de lixo de Frege (Bar-Hillel). Para Frege, a semântica está interessada exclusivamente nos aspectos do significado relativos à verdade de um enunciado; ele simplesmente sustenta que eles não têm interesse para a teoria semântica (DASCAL. 2006, p. 31).

Acrescenta ainda o renomado professor da Universidade de Tel Aviv:

Existem três tipos de sentença que contêm fenômenos do significado que Frege considera irrelevantes para a preocupação semântica com a verdade: (a) sentenças que não levantam a questão da verdade; (b) sentenças que exprimem mais que “pensamentos”; e (c) sentenças que não são suficientes, por si só, para expressar um “pensamento”. O grupo (a) engloba sentenças que expressam ordens, pedidos, promessas etc. O grupo (b) inclui os elementos das sentenças cuja finalidade é excitar os sentimentos ou a imaginação do ouvinte (por exemplo, ênfase contrastativa, ordem das palavras), assim como insinuações e expectativas, a exemplo das produzidas por expressões dêiticas (por exemplo, demonstrativos, pronomes, advérbios de tempo etc.) (Idem, *ibidem*, p. 31)

²⁹ A discussão será retomada quando da abordagem do poder de violência simbólica na interpretação, Capítulo VIII

Com isso procura demonstrar a insuficiência desses elementos para distinguir pragmática de semântica.

É importante conhecermos a proposta a partir do conceito de *significado* no trabalho de Grice (anterior à lógica da conversação). Primeiro: Grice distingue significado natural (estas pegadas querem dizer que um urso andou por essa praia; esta foto indica que a sua mulher te traiu) e significados não naturais (bed em inglês quer dizer cama); quando Marcelo diz eu estou com fome, a palavra eu se refere a Marcelo; quando digo à minha filha *são dez da noite*, quero dizer, com essa sentença, que ela deve ir para a cama. O que caracteriza significado não natural é o fato de ele conter um elemento de intencionalidade, quer incorporado lexicalmente (como em “bed” e “eu”), quer circunstancialmente (como em “em são dez da noite”) (Idem, p. 33).

Segundo: a distinção entre três tipos de significados não naturais: (a) o significado de uma sentença ou parte dela; (b) o significado de uma elocução; e, (c) o significado que um falante pretende transmitir ou na sua intenção comunicativa (o significado do falante)³⁰.

Dascal propõe, portanto, “definir como tarefa da pragmática é o estudo do uso dos meios linguísticos (ou outros) por meio dos quais um falante transmite as suas intenções comunicativas e um ouvinte as reconhece” (Idem, ibidem, p. 33).

Continua:

O objeto da pragmática, portanto, é o conjunto de dispositivos semióticos direta e especificamente relacionados à transmissão dos significados do falante. Tais dispositivos englobam, é claro, a exploração pelo falante do significado da sentença e da elocução, mas não a sua descrição ou a explicação de como eles surgiram – tarefas que compõem o objeto da semântica. Esta lida com a determinação do significado da sentença independentemente do seu uso, assim como lida com a determinação do significado da elocução levando em conta a informação contextual exigida pela estrutura semântica da sentença proferida (Idem. Ibidem, p. 33, grifos do original).

Para complementar as noções de pragmática, até aqui desenvolvidas, abordaremos, ainda, alguns aspectos da sua formulação de pragmática.

³⁰ Grice denomina o primeiro tipo de significado de “significado intemporal de uma elocução-tipo”; o segundo de “significado intemporal aplicado de uma elocução-tipo”; e o terceiro de “significado do elocutor”. **Studies in the way of words**. Cambridge-MA: Harvard University Press. 1991. p.220-221.

1.4 OS ATOS DE LINGUAGEM.

No livro "How To Do Things with Words", traduzido para o português com o título *Quando dizer é fazer*³¹, Austin demonstra interesse pelo que chamou de verbos performativos, cuja singularidade é a de cumprir o que dizem, instaurar uma nova realidade, somente com sua enunciação. Chama a atenção para verbos como jurar e batizar. Assim, dizer “eu te batizo”, ou “eu juro”, é batizar ou jurar. Para efetivar o ato de batizar ou jurar, deve-se expressar-se como restou assinalado acima. Tais enunciados não podem ser considerados verdadeiros ou falsos, a respeito deles podemos apenas perguntar-nos se os atos que eles designam e cumprem foram bem sucedidos ou não. A estes verbos performativos Austin opõe os chamados verbos constataivos, os quais deveriam descrever um estado do mundo independente de sua enunciação e podem ser verdadeiros ou falsos. Com esta classe de verbos, Austin entabula uma crítica ao “erro descritivista”, para o qual a função da linguagem (essencial e única) seria representar estados do mundo (1990, p. 3-8).

Maingueneau propõe falar-se em enunciação performativa, ao invés de verbos performativos. Fora de emprego, não existe verbo performativo. “Quando se diz ‘Paulo batiza as crianças por imersão’, ‘prometi isso ontem’, ou ‘juro muitas vezes’ não se realiza qualquer ação”(1996, p. 6-7). Nesta hipótese há enunciados constataivos, no qual se descreve estado de coisas independentemente do ato enunciativo.

Para a enunciação performativa é necessário dois elementos, qual seja, um presente pontual e um ‘eu’. Tais elementos devem estar ligados necessariamente, pois a performatividade exige a coincidência exata do sujeito da enunciação e o sujeito enunciado. Quando afirma eu juro, o eu refere-se ao próprio enunciador enquanto enunciador.

Austin percebe, porém, que essa dicotomia era inadequada, pois o constativo possui também uma dimensão performativa, isto é, descrever é um ato que realizamos e pode ser bem ou mal sucedido. Da mesma forma, o performativo possui uma dimensão constativa já que mantém uma relação com o fato (MARCONDES, 2005, p. 18). Até mesmo um ato que parece puramente descritivo, p.ex., está chovendo, instaura uma realidade nova, realiza uma ação. Austin aponta a diferença entre está chovendo e afirmo que está chovendo somente na

³¹ AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990.

explicitação. O performativo seria explícito no segundo caso e primário no primeiro (1990, p. 22-24).

Propõe então que sua concepção performativa da linguagem seja estendida para toda a linguagem. Passa a considerar o ato de fala como unidade básica de significação, constituída de três dimensões: os atos locucionários, ilocucionários e perlocucionário. Tais dimensões merecem uma rápida explicação.

Atos locucionário consistem na dimensão linguística propriamente dita, ou seja nas palavras e sentenças de uma língua específica, utilizadas de acordo com as regras gramaticais e com sentido e referência (MARCONDES, 2005, p. 18).

Atos ilocucionários são mais abrangentes e consiste no performativo propriamente dito e constitui o tipo de ato realizado. Possui como aspecto fundamental a força ilocucionária.

O que se chama de “sentido” de um enunciado associa dois componentes: ao lado do conteúdo proposicional, seu valor descritivo (que será o mesmo em “Paulo vai embora” e “vá embora Paulo”), existe uma força ilocutória que indica que tipo de ato de linguagem é realizado quando se enuncia, como ele deve ser recebido pelo destinatário: pode se tratar de uma súplica, de uma ameaça, de uma sugestão, etc. Falar é, portanto, comunicar igualmente o fato de que estamos nos comunicando, integrar na enunciação a maneira como esta deve ser apreendida pelo destinatário (MAINGUENEAU, 1996, p. 7-8).

A interpretação do enunciado somente será bem sucedida se e quando o destinatário reconhece a intenção associada convencionalmente à enunciação. Para que o ato de ordenar seja bem sucedido é necessário que o destinatário compreenda que uma ordem lhe foi dirigida. E, a essa conclusão, é possível chegar-se pelo uso de marcadores unívocos, ou a utilização de um prefixo performativo na entonação ou no contexto.

Austin define o ato perlocutório como o que se caracteriza pelas “consequências do ato em relação aos sentimentos, pensamentos e ações da audiência, ou do falante, ou de outras pessoas, e pode ter sido realizado com o objetivo, intenção ou propósito de gerar essas consequências” (1990, p. 74).

Estabelece em seguida as condições pressupostas para a realização dos atos de fala, consistente em uma combinação de intenções do falante e convenções sociais com diferentes graus de formalidade. “A satisfação dessas condições é o critério do sucesso ou fracasso da tentativa de realização do ato” (MARCONDES, 2005, p. 19-20).

As condições são consideradas como psicológicas, subjetivas, e se originam também das relações sociais. As convenções são de natureza social e podem ser formais, quando ocorrem no tribunal, por exemplo, ou informais, quando um grupo de amigos discute sobre o resultado de uma partida de futebol. No entanto, em ambas situações os falantes obedecem às regras com variados graus de formalidade, “porém constitutivos de suas formas de conduta” (Idem, *ibidem*, p. 20).

Com frequência, especialmente em circunstâncias informais, essas regras são implícitas, mas estão sendo aplicadas e isso se torna evidente quando são violadas.

(...)

Quando nomeio alguém para um cargo e não tenho autoridade para isso, ou se tenho autoridade mas o indivíduo nomeado não satisfaz as exigências para assumir o cargo, o ato de nomear não se realiza. Isso mostra que, o cargo, o ato de nomear não se realiza. Isto mostra que para ser bem-sucedido, “nomear” pressupõe a autoridade do falante e a adequação daquele que está sendo nomeado (*ibidem*, p. 20).

Austin propõe a classificação das forças ilocucionárias dos proferimentos em cinco tipos gerais: 1) veridictivos, caracterizando-se “por dar um veredito”, tais como absolver, condenar, avaliar; 2) exercitativos, “consistem no exercício de poderes, direitos ou influências”, como nomear, demitir, ordenar; 3) compromissivos ou comissivos, “caracterizam-se por prometer ou de alguma forma assumir algo, comprometem a pessoa a fazer algo”, pode-se incluir prometer, jurar, apostar; 4) comportamentais, “constituem um grupo muito heterogêneo, e têm a ver com atitudes e comportamento social”, tais como agradecer, saudar, felicitar; e, 5) expositivos, “são difíceis de definir ...esclarecem o modo como nossos proferimentos se encaixam no curso de uma argumentação ou de uma conversa, por exemplo, afirmar, declarar, informar, contestar” (AUSTIN, 1990, p. 98).

Nesse passo, é de identificar-se “que seu objetivo primordial não consistia na apresentação de uma concepção teórica sobre a natureza e a função da linguagem” (MARCONDES, 2005, p. 22).

Não pretendia descrever a natureza da linguagem, mas ao contrário propor um método de análise de problemas filosóficos por meio de exame do uso da linguagem entendido como forma de ação, isto é, como modo de se realizar atos por meio de palavras (*Ibidem*, p. 22-23).

Austin deixa essa teoria como um esboço ou formulada como um programa, desenvolvido posteriormente por Searle³².

³² Cf. SERALE, John R. **Expressão e Significado – estudos da teoria dos atos da fala**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. P. 1-46.

Saliente-se, a dificuldade de estabelecer-se uma classificação exaustiva, pois, tomando o até aqui explanado, será necessário postular tantos atos numa língua quanto há verbos que possam exprimir. E pergunta-se: cada verbo implica em ato distinto? Há necessidade de relacioná-los a diversas línguas ou existe a possibilidade de classificá-los independentemente delas? Mais, é possível identificar formas ilocucionárias às quais não corresponde nenhum verbo: Cada cabeça, uma sentença; água de serra e sombra de pedra; ao diabo com a avareza; amigos, amigos; negócios, à parte.

Os verbos, portanto, põem em evidência um fato de grande importância que deve ser ressaltado: o dito é inseparável do dizer.

Para o enfrentamento das questões dos atos de linguagem e o conjunto das correntes pragmáticas, necessitamos fazer uma análise do papel da interação discursiva, delimitando o chamado princípio da interação.

1.4.1 PRINCÍPIO DA INTERAÇÃO: PERGUNTA E RESPOSTA.

No âmbito da pragmática encontraremos o princípio da interação como princípio básico. Na troca de mensagens³³ entre emissor e receptor é que encontraremos o princípio da interação, como um complexo de numerosos modos de comportamento que condicionam o significado.

Acerca do tema, vejamos:

(...) mesmo a respeito da unidade mais simples possível, será obvio que uma vez aceito todo o comportamento como comunicação, não estaremos lidando com uma unidade de mensagem monofônica mas com um complexo fluído e multifacetado de numerosos modos de comportamento – verbais, tonais, posturais, contextuais, etc. – que, em seu conjunto, condicionam o significado de todos os outros. Os vários elementos desse complexo (consideração como um todo) são capazes de permutas muito variadas e de grande complexidade, que vão desde o congruente ao incongruente e paradoxal (WATZLAWICK, BEAVIN e JACKSON; 2001, p. 46).

³³ Aqui se utiliza a expressão mensagem como uma unidade comunicacional isolada, para a finalidade de não propiciar confusão com o termo mais amplo de comunicação, tal como expostos por WATZLAWICK, BEAVIN e JACKSON. **Pragmática da comunicação humana**. 12. ed. São Paulo: Cultrix. 2001, p. 46.

O professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior chama a atenção para o fato de que nos estudos das ações humanas há destaque no aspecto complexo do comportamento dos “atores, no seu relacionamento mediado por mensagens” (2002, p. 14-15).

Em contraposição, a dogmática jurídica simplifica a ideia de agentes, traduzindo numa coisificação do que a pragmática toma por complexo padrão de relação e interação. Ferraz Júnior procura enfatizar a relação da dogmática jurídica com o princípio da interação da seguinte maneira:

Se tomarmos, por exemplo, um conceito básico como o de *direito subjetivo*, em que pesem as diversas análises críticas que a noção tem sofrido, notamos que os manuais e a prática universitária continuam a falar em *facultas agendi* para defini-lo. Embora a doutrina não deixe de pôr em relevo o aspecto relacional do conceito, ligando-o a direito objetivo, ao sujeito agente, etc., a noção acaba assumindo, para o usuário do termo, uma pseudo-realidade própria, até que, finalmente, direito subjetivo se converta realmente num fenômeno isolado, *algo* que se *tem*. Assim, o vocabulário dogmático, ainda que não despreze os contextos interpessoais (oposição de direito *erga omnes*), guarda forte sentido monádico (2002, p. 15, grifo do autor).

O mesmo raciocínio poderia ser utilizado para abordar a conceituação dos chamados direitos "in rem" e direitos "in personam", nos quais há uma forte tendência de encontrarmos no vocabulário dogmático o sentido monádico dos agentes³⁴.

Sobre a perspectiva pragmática há um evidente relevo do princípio da interação. É a sociedade composta pela interação e mediada de interações linguística. E esta não é passível apenas de observação distante pelo direito, mas percebível e interpretada pelos sentidos sedimentados no contexto simbólico, não havendo espaço para autointerpretação, mas para a compreensão através da intervenção desta mesma interpretação com o uso dos meios pragmáticos (HABERMAS, 1990, p. 84).

O modelo a ser adotado é aquele que põe o comportamento adotado em estado de incerteza, havendo interação com outro comportamento que apresenta fundamento e segurança. Estes comportamentos são tratados como pergunta e resposta.

O ser humano age e se comporta também no sentido de que se orienta e reflete. Falando ele traz para o presente um comportamento passado ou futuro. Este trazer para o presente algo já acontecido ou por acontecer significa um estar inseguro do seu próprio presente, que põe em estado de incerteza os fundamentos de seu agir. Denominemos *pergunta* este comportamento. Perguntar significa, pois estar inseguro quanto ao seu próprio comportamento. Daí a possibilidade de, perguntando, distinguir entre as finalidades e as consequências do seu agir e, assim, entre o falar fundamentado e o não fundamentado. A partir disto, a ação de pergunta permite a distinção entre diversas possibilidades de ação: dever agir, poder agir,

³⁴ A esse respeito é muito pertinente a abordagem elaborada por Alf Ross, na sua obra *Direito e Justiça*, da editora Edipro. Cf. p. 174-238.

querer agir, etc. Perguntar, porém, não é uma ação no vácuo, mas se articula num mundo circundante. Este mundo constitui-se de justificações, atos de falar que aparecem com a pretensão de autoridade, isto é, são capazes e estão prontos para oferecer fundamentos e exigir confiança. São ações (de falar) que chamamos, então, de consistentes. O comportamento locucional que se apresenta como consistente chamamos de *resposta*. (Ferraz Júnior; 2002, p. 15-16, grifo do autor).

A adoção do modelo de pergunta resposta traz uma complexidade em si mesmo, vez que quem pergunta desafia alguém para uma resposta, da mesma forma que quem responde pode desafiar o outro a fundamentar sua pergunta (2002, p. 16).

Neste passo, o professor Ferraz Júnior salienta o caráter reflexivo do ato de falar, esclarecendo que essa reflexividade “significa que a relação interacional admite sempre um aumento de complexidade no interior da situação comunicativa” (2002, 16) e exemplifica:

Se alguém diz: “o senhor está preso por prática de lenocínio” e o outro responde, “não discuto a sua ordem, mas não aceito a qualificação de lenocínio”, na situação comunicativa, a *ordem de prisão* adquire uma complexidade maior, na medida em que transferimos o modelo pergunta/resposta para os *fundamentos* da ordem (2002, 16).

Em se tratando de uma pesquisa de cunho jurídico, na qual são utilizados aspectos relevantes da linguística e da semiótica, com destaque para a perspectiva pragmática, devemos fazer uma análise, ainda que perfunctória, da chamada interação assimétrica. Salientando que há quem sustente³⁵ que tal interação ocorre, muitas vezes no cotidiano da vida prática jurídica.

1.4.1.1 Interações assimétricas.

Nas chamadas interações assimétricas ocorre fenômeno um pouco diferente do tratado até aqui.

Ducrot (1977, p. 17-19), tomando a noção de implicatura conversacional de Grice, apresenta as condições de existência do ato da enunciação como leis do discurso que equivalem ao cálculo do que deve ser suposto para a existência do princípio da cooperação de Grice. É a relação hierárquica entre os interlocutores que irá determinar qual a natureza do

³⁵ Cf. ALVES, Virgínia C. F. **Inquirição na justiça: estratégias linguístico-discursivas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2003, p. 60-79

discurso, simétrica ou assimétrica. Em condições de relações simétricas há entre os interlocutores a mesma relação de direitos e deveres discursivos, estabelecendo-se, desta forma, um processo semelhante ao de negociação. A implicação é que as regras de interação são bilaterais.

Nas interações assimétricas, por outro lado, o direito do interlocutor com *status* ou posição inferior se manifestar é restrito, e podem estar pré-fixados pelo ritual do evento. Um exemplo apresentado como típico é a realização de uma audiência, para oitiva de testemunhas, perante uma vara qualquer, e tendo em vista o princípio presidencialista na condução do trabalho. O juiz faz as perguntas, o depoente responde-as, o juiz determina a redução do texto verbal para o escrito, o escrevente (ou digitador) acata do modo como foi ditado pelo juiz. Neste caso, as regras de interação são previamente determinadas e comandadas ou conduzidas por um dos interlocutores, o qual tem direito à tomada de turno e à introdução dos tópicos tratados.

Ao analisar as inquirições judiciais, Alves (2003, 60-61) observa que aquelas se dão pelo modelo pergunta resposta e aponta:

O recorte na interação pragmática demarcou a *unidade consignada* como prototípica do evento pois a interrupção pelo juiz da estrutura discursiva dialogada e início da consignação indica que a interação propiciou uma porção significativa de informação para ser documentada.

A questão que se apresenta, é saber se na relação discursiva é passível de romper-se essa possível assimetria que se realiza em um dos modos do discurso jurídico. Para tal, iremos abordar a forma como se dá esta interação e a opção do diálogo realizado um pouco mais adiante.

Devemos salientar, desde já, que tais questões não podem fazer parte da normalidade do discurso jurídico, a sobreposição de um dos interlocutores sobre os demais, a ponto de promover um desequilíbrio da relação. A opção deve ser pelo diálogo dialógico. Incorporar a autoridade ou o autoritarismo na relação jurídica é algo que não é compatível com o estágio atual do direito. E mais, esta assimetria é aparente, pois no direito brasileiro as relações processuais são sempre mediadas pela intervenção de profissionais habilitados e com privatividade para o exercício da postulação jurídica. Os possíveis desvios ocorridos em inquirições judiciais podem dar-se por questões de ordem patológicas dos envolvidos na

dinâmica do ato, especialmente dos chamados operadores do direito³⁶ os quais devem respeitar as regras estabelecidas para realização do discurso.

Saliente-se que a legislação brasileira, em especial a processual penal, tem adotado a possibilidade da realização do discurso dialógico também nos atos judiciais, explicitando a simetria do discurso jurídico, especialmente na audiência judicial³⁷.

Apresentadas as principais fontes da pragmática contemporânea, é necessário compreender como se dá a interação entre o do discurso e a utilização do âmbito da pragmática na ciência jurídica. Assim, também, delimitaremos os principais aspectos do discurso jurídico que deverão ser abordados.

Antes de adentrar na análise da presença da pragmática no âmbito jurídico é necessário apontar, ainda que sucintamente, o desenvolvimento histórico do discurso jurídico, em especial no último século, com destaque para aspectos importantes do trabalho do pensamento de Chaïm Perelman e Theodor Viehweg.

³⁶ Preferimos a expressão profissionais do direito, que reflete a totalidade da atividade jurídica, sem contar a possibilidade de interpretação sob o ponto de vista da dualidade de trabalhos práticos e intelectual, melhor situando, à distinção combatida desde Karl Marx entre trabalho manual e intelectual e sua valorização. Posicionamo-nos, em relação à expressão operadores do direito, que a concepção da atividade desenvolvida pelos profissionais do direito recebe uma "captio diminutiva" grave e aproxima-a com a, ainda inexistente, de técnicos em legislação aplicada. Preferimos designar as diversas atividades como profissionais do direito, advogados, juízes, promotores de justiça, etc.

³⁷ No Processo Penal houve alteração significativa nos atos de oitivas de testemunhas, com a nova redação do art. 212, do Código de Processo Penal, permitindo às partes efetuarem suas perguntas diretamente. Afasta desta forma, pelo menos no processo penal, a intervenção do juiz de modo a afastar uma possível simetria naquelas interações. "Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)". Já o Código de Processo Civil mantém a sistemática de observar o princípio da presidência da audiência pelo juiz, conforme o artigo, que transcrevemos:

"Art. 416. O juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro à parte, que a arrolou, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento".

Capítulo II

O resgate da Retórica por Chaïm Perelman.

Na Ciência do direito houve a clara prevalência da concepção formalista-normativa até meados do século passado. Há a identificação de uma dualidade lógica do fenômeno jurídico, reduzido a duas possibilidades como busca, para cada ente jurídico, de sua natureza, onde eles são ou públicos ou privados (FERRAZ JÚNIOR. 1980, p. 36-37). Posteriormente, identificam-se outros conceitos relacionados tanto a objetos e situações significativas da vida social, como fenômenos da vida social, como a valores éticos (Ibidem, p. 37). A multiplicidade de conceitos levou Hans Kelsen a propor o que chamou Teoria Pura do Direito (1991)³⁸, “numa manifesta pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los coerentemente” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 37). Kelsen reconhece o direito como fenômeno de diversas dimensões, mas para a ciência do Direito "strictu sensu" deve ser visto como um objeto que é o que é pela sua especial forma normativa.

Ainda que com construções iniciais anteriores, foi a partir da segunda grande guerra, assistimos ao surgimento de diversas e constantes formulações de alternativas a essa concepção formalista-normativista.

Nessa busca, há que se dar destaque especial, inicialmente, à Teoria da Argumentação - A Nova Retórica – do lógico polonês, radicado na Bélgica Chaïm Perelman³⁹. Procura recuperar a retórica aristotélica, obscurecida pela tradição racionalista a qual valoriza a evidência das ideias claras e distintas, abandonando a sua aceitabilidade. Em

³⁸ Interessante notar que a teoria pura é no sentido de não conter elementos de outra ciência, como deixa claro logo no primeiro parágrafo do seu prefácio à primeira edição: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto”. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. Cf. SILVA, Roberto Carlos. **Racionalidade da ciência do Direito: Uma análise da Obra de Chaïm Perelman e Theodor Viehweg**. São Paulo: PUC. 2005.

³⁹ Cf. **Lógica Jurídica: Nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

seguida, amplia o sentido da retórica de Aristóteles para incluir não só o auditório comum, mas também os especializados e o auditório universal. Restringe o alcance da lógica formal na sua aplicação ao direito, estabelecendo nova noção de lógica jurídica, em cujo cerne está a aceitabilidade das premissas resultantes dos meios de prova, dos argumentos e dos valores que se contrapõem no litígio. Rompe, portanto, o compromisso da conclusão com as premissas da lógica formal.

No mesmo período, na Alemanha, é de destacar-se as investigações realizadas pelo Jurista Theodor Viehweg, consolidadas na sua obra *Tópica e Jurisprudência*. Esse lança considerações de ordem metateóricas, inseridas “no contexto da superação do modelo de ciência jurídica normativista, ensejadas pela simples explicação de que quando se buscam critérios para solucionar as questões jurídicas diversas das normas do direito positivo, tendo em vista, inclusive, a necessária interpretação dessas normas, que não mais se fazia satisfatória apenas com base em outras normas” (GUERRA FILHO, 2002, p. 46). Vê-se o abandono do enfoque meramente formal.

Somente para fins de equilíbrio e melhor distribuição, analisaremos as ideias primordiais das duas concepções⁴⁰, ainda que sucintamente, sintetizando os principais conceitos desenvolvidos, em dois capítulos distintos.

2.1 ASPECTOS ESSENCIAIS DA NOVA RETÓRICA.

No desenvolvimento do tratado da Argumentação Jurídica de Perelman, como uma teoria, é possível identificar-se como base epistemológica a superação das insuficiências apresentadas pela Lógica Formal e pela noção de razão cartesiana. Passa a centra sua tese no combate à ideia de evidência, como caracterizador da razão (PERELMAN; TYTECA. 2000, p. 4)⁴¹. O conceito de evidência, em que pese as divergências encontradas na sua

⁴⁰ Cf. SILVA, Roberto Carlos. . **Racionalidade da ciência do Direito: Uma análise da Obra de Chaïm Perelman e Theodor Viehweg**. São Paulo: PUC. 2005.

⁴¹ Na mesma obra e página citada acrescentam: A evidência é concebida, ao mesmo tempo, como força à qual toda mente normal tem de ceder e como sinal de verdade daquilo que se impõe por ser evidente. A evidência ligaria o psicológico ao lógico e permitiria passar de um desses planos para o outro. Toda prova seria redução à

caracterização, pode ser dado como a qualidade de um objeto cognoscível determinado que impossibilite a discussão acerca do mesmo⁴². Delimita, ainda, a dualidade existente entre razão e razoável, para logo em seguida indicar sua metodologia. Busca dessa forma a ruptura ao cartesianismo e possibilita o estabelecimento de novos padrões filosófico para uma investigação dos raciocínios não-formais, no caminho para construção de uma racionalidade que não da lógica formal para o direito.

Os obstáculos iniciais para a elaboração da teoria da argumentação de Perelman consistiam na razão cartesiana e na lógica formal. Somente com a superação de tais obstáculos, com a demonstração de suas insuficiências é que estaria pavimentada a longa estrada para a viabilidade epistemológica de uma teoria da argumentação (SILVA.2005, p. 18).

2.2 ARGUMENTAÇÃO, CARTESIANISMO E RAZÃO.

A proposta perelmaniana de rompimento com o modelo de razão estabelecido pelo pensamento cartesiano aparece já na introdução do Tratado da Argumentação Jurídica, com a afirmação, quase panfletária, de que consagram a obra à argumentação, vinculando-a a uma velha tradição, a da retórica e da dialética gregas como “*uma ruptura com uma concepção da razão e do raciocínio, oriundo de Descartes*, que marcou com seu cunho a filosofia ocidental dos três últimos séculos” (PERELMAN; TYTECA, 2000, p. 1, grifos do autor)⁴³.

Destaca o ambiente do surgimento de tal pensamento, com o rompimento da unidade do mundo cristão pela Reforma, e que as guerras haviam ensanguentado a Europa por de um século, havendo, a partir daí, uma aspiração dos meios cultos no estabelecimento de uma nova

evidência e o que é evidente não teria necessidade alguma de prova: é a aplicação imediata, por Pascal, da teoria cartesiana da evidência.

⁴² MONTEIRO, Claudia S.A. **Teoria da Argumentação Jurídica e a Nova Retórica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.19: apresenta interessante definição de evidência, afirmando: “O projeto cartesiano, forma canônica do pensamento tradicional, procura ancorar seu sistema de verdades irrefragáveis na ideia de *evidência*. Embora o conceito de *evidência* não seja de todo pacífico, pode-se definir o que é evidente como sendo a qualidade indubitável de um objeto cognoscível”.

⁴³ Sobre o antagonismo com o pensamento cartesiano, ver também PERELMAN, Chaïm. “Liberdade e raciocínio; A busca do racional; Da prova em filosofia; O papel da decisão na teoria do conhecimento; Opiniões e verdade, in **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

ordem, fundamentada na razão e que fosse reconhecida por todos, de qualquer matiz religioso (PERELMAN, 1997, p. 210).

Suruiu a ideia, que ganhou cada vez mais amplitude, tanto no continente europeu como na Grã-Bretanha, de que os filósofos fariam bem em inspirar-se em métodos que foram tão bem sucedidos em geometria, em física e em astronomia, para estabelecer um sistema que pareça, a todos, igualmente incontestável. Essa é a ambição de Descartes, como, aliás da maioria de seus contemporâneos e sucessores (Ibidem, p. 210).

Essa era a ambição de Descartes, o qual instaura o critério da evidência tendo por consequência a eliminação da argumentação como técnica de raciocínio filosófico, o que, como afirma Perelman prevaleceu por mais de três séculos.

A evidência é concebida, nessa ocorrência, não como uma característica puramente psicológica, mas como uma força que se impõe a todo espírito dotado de razão e que manifesta a verdade do que impõe desse modo. O que é evidente é, a um só tempo, necessariamente verdadeiro e imediatamente reconhecível como tal. A proposição evidente não necessita de prova, sendo a prova apenas uma dedução necessária do que não é evidente a partir de teses evidentes (Idem. 1997, p. 211; 1989, p. 247).

Afasta, dessa forma o âmbito de argumentação, numa busca de eliminar tudo aquilo em que poderia haver dúvida. Onde há dúvida, há erro. Não se encontra a verdade onde houver juízos contraditórios (DESCARTES, 1999a, p. 39). Deixa aqui as bases de um sistema racionalmente incontestável, baseado nas evidências e impondo a aceitação por todo e qualquer ser racional. obsta, dessa forma a possibilidade da utilização da verossimilhança.

Descartes estabelece quatro regras fundamentais ao seu pensamento: a primeira diz respeito à evidência, não podendo ser aceita como verdadeira aquilo que gerasse alguma dúvida; a segunda, impõe a divisão das dificuldades em quantas subdivisões fossem necessárias, para melhor solucioná-las; a terceira, diz respeito a uma ordenação do pensamento, partindo-se dos mais simples aos mais complexos, ainda que não houvesse uma ordem natural entre eles; a quarta, trata da ordenação e revisão completa de cada passo dado (1999, p. 49-50). Tais regras podem ser perfeitamente aplicáveis às ciências matemáticas, mas encontraremos sérias dificuldades ao procurar subordinar a filosofia.

Perelman aponta como consequência da teoria cartesiana o caráter “a-social” e “anistórico” do conhecimento científico. Explica-se: Com a observação de que a visão cartesiana do universo era atomista e mecanicista, a consequência é a concepção de uma ciência que progride de modo puramente quantitativo, aumentando as verdades evidentes, sem que tenha espaço para o questionamento sobre qualquer delas. Essa ciência “não possui

tradição nem iniciação, podendo descobri-la em ideias inatas de sua razão” (PERELMAN, 1997, p. 214).

A razão não tem de ser formada, a educação só pode obscurecê-la inculcando nas crianças preconceitos, dos quais só poderão desvencilhar-se com a mais extrema dificuldade. Daí resulta o caráter a-social e anistórico do conhecimento científico. Com efeito, todo elemento que traz a marca social ou histórica de sua origem só pode ser preconceito ou erro, do qual o cientista deve livrar-se pela dúvida. A única educação científica recomendada é justamente essa purgação da mente de tudo quanto lhe foi ensinado antes de seu contato com a filosofia da evidência (Ibidem, p. 214-215).

E mais, essa concepção, fundamentada na intuição, leva à separação entre teoria e prática, pois se a teoria dependesse da prática para elaboração e controle de suas teses, não seria completamente segura: a teoria teria se tornado hipótese, cujo valor seria subordinado à verificação e ao controle pelas consequências (Ibidem, p. 215).

Acrescente, que o ideal de superação do cartesianismo busca a concretização do ideal filosófico, que na visão perelmaniana é a razão prática.

Perelman afirma, ainda, a separação metodológica entre teoria e prática, vez que, se depender da prática para comprovar sua afirmação, a teoria teria se tornado hipótese, para qual, o “valor seria subordinado à verificação e ao controle pelas consequências” (Ibidem, p. 215). Por outro lado, se separarmos uma da outra a teoria recobra seu “sentido antigo e etimológico” de intuição, de contemplação. “E para poder, a partir dessas intuições, elaborar um saber infalível, cumpriria também que a linguagem em que ele se expressa corresponda perfeitamente às essências que a intuição houver apreendido”. (Ibidem, p. 215). Essas são as aporias do pensamento cartesiano.

Para o uso na vida real, com exigência de decisões rápidas, não de contemplação da verdade, o método apresentado por Descartes não possui nenhuma exatamente serventia (Ibidem, p. 159).

Perelman posiciona-se de modo contrário à tese cartesiana, ao defender que as opiniões postas em prova são igualmente da categoria dos conhecimentos racionais, acrescentado a seguinte afirmativa: “Não cremos na existência de um critério absoluto, que seja o fiador de sua própria infalibilidade; cremos, em contrapartida, em intuições e em convicções, às quais concedemos nossa confiança, até prova em contrário” (Ibidem, p. 160).

A proposta elaborada por ele é a do critério do verossímil para as áreas da experiência humana, abandonando as proposições necessárias. Busca esse fundamento no

raciocínio dialético e o estudo do opinável nos "Tópicos" de Aristóteles (PERELMAN; TYTECA. 2002, p. 5-6).

Aspecto importante a ser ressaltado é a maneira de apresentação de sua teoria como uma autêntica insurreição da razão analítica, como um “contrapé da tese cartesiana” (1963a, p. 147), que fora apropriada pelo pensamento do século XX, rompendo com a tendência dos últimos três séculos de matematismo da lógica e do conhecimento por inteiro. Propõe o resgate do critério da verossimilhança, esquecido pela proposta racionalista, buscando demonstrar que as verdades podem ser evidentes, mas as opiniões e teses são verossímeis.

Para Perelman a tentativa de resolução de problemas humanos através de metodologia emprestada da matemática e com a pretensão de via única é abusiva, mas também implica que a própria concepção como ciência errônea. As ciências e as técnicas, “assim como o direito, a moral e a filosofia, são obras humanas, sendo pelos variados métodos implicados pela sua elaboração que poderá dar-se conta de suas divergências” (1997, p. 217).

Para Perelman a questão a ser posta é da razão prática, do homem por aquilo que ele realmente é, um ser histórico, social, contextualizado. “A filosofia não tem por missão produzir ficções que se autonomizariam, passando a funcionar normativamente em relação a um real concreto de que se isolaram” (GRACIO, 1993, p. 21).

Perelman procura estabelecer uma nova racionalidade, introduzindo o elemento da razoabilidade, a fim de viabilizar uma argumentação razoável (SILVA. 2005, p. 25).

Antes de avançarmos sobre a base do pensamento de Perelman, é necessário analisarmos a pertinência da Lógica Formal e como a mesma é tratada para possibilitar à argumentação ocupar o espaço da razoabilidade e sua posição como racional ou irracional.

2.3 LÓGICA FORMAL E RACIONALIDADE.

Outro aspecto que mereceu especial atenção por parte de Chaïm Perelman girou em torno da lógica formal, compreendida em determinado momento como a que possibilitava a comprovação de racionalidade para a ciência. Vejamos o desenvolvimento, ainda que parcial, elaborado por Perelman sobre a temática.

Quando do enfrentamento da temática, procura determinar que a lógica possui por objeto o estudo dos meios de prova, sendo que a lógica formal se propõe ao estudo da prova cuja validade depende apenas da forma das premissas e conclusão (PERELMAN, 1997, p. 93). A expressão lógica formal ressalta a ideia de uma forma correta, negando importância aos elementos materiais sejam eles quais forem. A lógica formal, "trata-se da ideia de se fornecer uma forma correta de pensar, independentemente do conteúdo material ou da situação concreta em que este pensamento será aplicado. Daí a utilização da expressão Lógica Formal, porque nega a importância dos elementos materiais" (MONTEIRO, 2003, p. 29). Dito de outra maneira é possível afirmar que a lógica formal "estuda o pensamento em sua estrutura formal, ou seja, o pensamento enquanto forma que pode ser preenchida por qualquer conteúdo oriundo da experiência" (ALVES, 2003, p. 83), desse modo, despreza-se, momentaneamente, o conteúdo e dá-se relevância à forma.

A lógica criada por Aristóteles ainda na antiguidade clássica quase não experimentou modificações durante mais de dois milênios, daí que ainda hoje é intitulado o pai da lógica. O matemático alemão Gottlob Frege, em 1879, dedicou-se a criar uma língua formal do pensamento puro, para auxiliá-lo na realização de cálculos lógicos. "Propôs, então, uma ideografia (*Begriffsschrift*), com o objetivo de permitir a superação das imprecisões da língua natural e propiciar maior rigor na análise da validade dos argumentos, sob ponto de vista lógico" (COELHO, 2004, p. 34, grifo do autor). A validade das conclusões fica subordinada à validade das premissas, ressaltando o procedimento demonstrativo predeterminado (SILVA, 2005, p. 26).

O sentido de racional passou a ser então tudo o que estivesse de acordo com os métodos científicos. E como já tivemos oportunidade de afirmar anteriormente, encontramos aí exatamente a influência dos matemáticos para o processamento da transformação na qual a lógica passou a ser identificada com a lógica formal.

Na expressão de Perelman:

Com efeito, o lógico, inspirando-se no ideal cartesiano, só se sente à vontade no estudo das provas que Aristóteles qualificava de analíticas, pois todos os outros

meios não apresentam o mesmo caráter de necessidade. E essa tendência acentuou-se mais ainda há um século, quando, sob a influência dos lógicos-matemáticos, a lógica foi limitada à lógica formal, ou seja, o estudo dos meios de prova utilizados nas ciências matemáticas (2002, p. 2).

A Resultante de tal entendimento está no fato de que, quaisquer que fossem os raciocínios que não se encontrassem no campo puramente formal, escapavam à lógica, bem como à razão, vez que entendida como formal. Escapando a este espaço da lógica formal ocorrerá como consequência uma limitação do espaço destinado à possibilidade de raciocinar e de provar.

Há ainda de ser observado as dificuldades de apresentar determinadas opções realizadas e que, tomando o ponto de vista desenhado pela lógica formal, um julgamento de valor, a justificação de uma escolha ou decisão, uma quantidade expressiva de nossos pensamentos e ações são todos atos subjetivos e arbitrários, pois somente as técnicas do discurso científico são válidas, ou são admitidas como válidas. A aplicação desse modelo à Filosofia, às Ciências Humanas e Sociais e ao Direito apresenta-se, mais uma vez, de todo insuficiente. Com a finalidade de superar essa dificuldade da Lógica Formal é que Perelman propõe o “desenvolvimento de uma teoria da argumentação de alcance filosófico” (2002, p. 4).

Assim, vai buscar no pensamento clássico, especialmente em Aristóteles, a fundamentação necessária ao desenvolvimento da teoria da argumentação. Aristóteles faz a distinção de duas espécies de raciocínios, a saber, os raciocínios analíticos e dialéticos. Aos primeiros dedicou seus Primeiros e Segundos analíticos, tratando dos raciocínios dialéticos nos Tópicos, na Retórica e nas Refutações sofísticas (Idem, 1999, p. 21).

A inclusão de tais raciocínios tem por finalidade específica a busca de ampliação da noção de lógica, afirmando textualmente “que é normal, se se concebe a lógica como estudo do raciocínio sob todas as suas formas, completar a teoria da demonstração, desenvolvida pela lógica formal, com uma teoria da argumentação, estudando os raciocínios dialéticos de Aristóteles” (Ibidem, p. 24).

Toda a atividade desenvolvida tem em vista o conceito de lógica formal introduzido e aceito pelo pensamento cartesiano, no qual os raciocínios analíticos encontraram campo fértil para seu desenvolvimento e o esforço empreendido é para a devolução do prestígio aos raciocínios dialéticos, nominando-os de argumentos e diferenciando-os dos raciocínios lógicos.

Com esta perspectiva ampliada, a argumentação abre espaço para o convívio de diferentes lógicas no campo do pensamento, visando a apreender o conhecimento. Não há espaço, portanto, para se falar, dentro do campo da lógica da argumentação em verdade, mas sim do verossímil. “Uma argumentação nunca é capaz de proporcionar a evidência e não está em questão argumentar contra o que é evidente” (Idem, ibidem, p. 25), o que poderá ocorrer somente quando a evidência seja contestada, conforme já notara o próprio Aristóteles (SILVA. 2005, p. 29).

Dessa forma, a lógica da argumentação sofre uma ampliação e passa a incorporar a figura do orador e do auditório inserindo-os no discurso como fatores indispensáveis para um resultado razoável. Aqui não estão mais como elementos subjetivos, portanto irracionais, como poderia parecer anteriormente. Procura ampliar a concepção de razão, incorporando os raciocínios analíticos e os raciocínios dialéticos de modo a não contradizer com a razão tradicional, ampliando a noção de lógica para incorporar áreas do pensamento em que a razão matemática não pode responder à complexidade das relações humanas, evitando-se, assim, que as lance à irracionalidade.

Feitas essas considerações, passemos aos elementos mínimos caracterizadores da teoria desenvolvida por Chaïm Perelman com noções básicas de argumentação, a adesão, o auditório, noções de persuasão e convencimento e o acordo

2.4 A ARGUMENTAÇÃO.

Ao apresentar-se os elementos mínimos sobre as preliminares epistemológicas da teoria da argumentação elaborada por Chaïm Perelman tratando da relação da argumentação e seu rompimento com o modelo cartesiano, no qual o papel da evidência e por conseguinte da demonstração, ainda que neste trabalho não se tenha aprofundado na discussão sobre esta temática, encontrem papel central. Também se percorre a relação existente entre a lógica formal e a racionalidade nas ciências e procura-se discutir com o autor a sua insuficiência para fundamentação da filosofia e das ciências humanas, exigindo uma aproximação não só com os raciocínios analíticos, mas também com os raciocínios dialéticos.

Essa construção da concepção de argumentação, que Perelman nos apresenta, e com a qual trabalha, é posta em oposição à noção de demonstração.

A argumentação é uma atividade relacionada à vida prática das relações humanas, mediante a utilização de raciocínios para provar ou refutar uma tese que necessita da concordância de um interlocutor. Portanto não encontra adequação no modelo de caráter matemático de meios de provas.

“A demonstração clássica é um meio de prova de caráter matemático, que se limita a percorrer o caminho correto das premissas às conclusões, desprezando qualquer influência externa” (MONTEIRO, 2003, p. 56). Na Lógica Formal a demonstração é uma operação de deduzir uma tese de outra, desde que se situem dentro do mesmo sistema, e suas regras internas sejam obedecidas (SILVA, 2005, p. 51).

Outra diferença significativa encontra-se na utilização de axiomas na demonstração e argumentação, o que permite afirmar que o estatuto dos axiomas, dos princípios que se partem é diferente na demonstração e na argumentação. E a diferenciação consiste em algo bem simples: (a) na demonstração os axiomas não estão em discussão, sejam eles considerados como evidentes, como verdadeiros ou como simples hipóteses, não se busca saber se eles são ou não aceitos pelo auditório. Contrariamente, (b) na argumentação não se utiliza axiomas, a partir dos quais um orador pretende obter a adesão de um interlocutor. “O fim de uma argumentação não é deduzir consequências de certas premissas, mas provocar ou aumentar a adesão de um auditório às teses que se apresentam ao seu assentimento, ela não se desenvolve nunca no vazio” (PERELMAN, 1999, p. 29). Acrescentaríamos, adiantando outro de seu conceito, que pressuporia o contato entre os espíritos do orador e auditório – “é preciso que um discurso seja escutado, que um livro seja lido, pois, sem isso, a sua acção seria nula”⁴⁴ (Ibidem, p. 29).

Mais, a demonstração não interage com qualquer elemento externo aos seus procedimentos, possui uma linguagem atemporal. Perelman concede ao fator tempo papel de elemento diferenciador fundamental entre demonstração e argumentação. A argumentação se dá sempre em um contexto histórico, justamente porque pressupõe o contato entre indivíduos que argumentam o que confere certa plasticidade ao contingente. De outro lado, no campo da

⁴⁴ Ainda que utilizando da expressão contato dos espíritos, não deixamos de enxergar um discurso que tenda ao monológico, conforme será exposto no Capítulo V e retomado, especificamente em relação a Perelman no Capítulo VI.

demonstração, por ser este um processo racional caracterizado pela impessoalidade e desprovido de qualquer reatividade ao meio, a consideração de aspectos históricos ou de quaisquer outros elementos não formais não interfere com o objeto de uma Teoria da Demonstração e ficam excluídos de seus domínios (SILVA. 2005, p. 52).

Argumentar é justamente influenciar pelo discurso. Para tanto, há necessidade de que se estabeleça o contato intelectual entre os espíritos (PERELMAN, 1999, p. 29). O discurso argumentativo pressupõe uma relação entre sujeitos. Relações intersubjetivas não se dão fora do tempo e do espaço como se dão as operações demonstrativas da lógica formal.

2.5 A ADESÃO.

Na sua obra clássica em que apresenta a teoria da argumentação jurídica Perelman e Tyteca deixam claro que o objetivo primordial da nova retórica é obter a adesão dos ouvintes. A adesão almejada é fruto de um processo de interação entre indivíduos (PERELMAN; TYTECA, 2002, p. 17-22). Em outra obra acrescentam:

Como toda argumentação é relativa ao auditório que ela se propõe influenciar, ela pressupõe, tanto na mente do orador quanto na do auditório, o desejo de realizar e de manter contato entre os espíritos, de querer persuadir, por parte do orador, e o desejo de escutar, por parte do auditório. Não se dá a qualquer um, sobre qualquer tema, em qualquer circunstância, a oportunidade de se fazer ouvir (PERELMAN, 2000, p. 144-145)

Ainda que nos limites do presente trabalho é importante observar como se dá essa intersubjetividade, que se estabelece na ação argumentativa em pelo menos dois níveis:

I - O contato dos espíritos exige uma linguagem comum que possa ser compreendida pelos ouvintes, que lhes seja mesmo familiar. Exige uma comunidade que compartilhe de uma linguagem comum. As ideias veiculadas pela argumentação são expressas em linguagem natural, recebendo por isso influência significativa e determinante de seu ambiente cultural. A própria sociedade deve produzir suas regras de comunicação que regulamentem o diálogo em qualquer nível (Idem, 2000, p. 145).

II – uma comunidade mais ou menos igualitária: a Sociedade deve ser mais ou menos igualitária. A liberdade dos indivíduos é uma condição para a comunidade de espíritos fundada nos valores democráticos, prevista por Perelman. Com efeito, argumentação não é intimidação, ela exclui a violência sob todas as suas formas; assim, quem argumenta espera obter a adesão do destinatário mediante o despertar de sua convicção. O contato dos espíritos pode ser definido na Sociedade moderna de acordo com o sistema de legitimidade adotado (Idem, 2000, p. 145).

O modelo racional cientificista despreza o contato dos espíritos, enquanto que para a argumentação, a relação que se estabelece entre o orador e seu auditório é uma condição prévia para o seu desenvolvimento (PERELMAN; TYTECA, 2002, p. 21).

2.6 O AUDITÓRIO.

Para buscar-se uma noção mais precisa de auditório, não se pode perder de vista que esta é questão tratada como ponto central da retórica. Pois um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer. Como se afirma acima, não é dirigido, por outro lado, ao vazio. Essa noção de auditório vai fazer toda diferença para a concepção teórica desenvolvida por Perelman quanto à sua abordagem de Teoria de Argumentação.

Um ponto de grande relevância em sua obra é o tratamento que dispensa a esta noção. Ao contrário de Aristóteles que diferenciava o auditório pela idade ou fortuna e para quem a tarefa da retórica é conquistar a adesão de um auditório não especializado e incapaz de seguir um raciocínio complicado, Perelman não se limita desse modo. Admite que a argumentação persuasiva ou convincente possa dirigir-se a qualquer auditório, consigo mesmo e até com auditórios divididos em vários elementos, os quais não reagirão da mesma forma (PERELMAN. 2000, p.144).

Sustenta, em seguida a superioridade, teoricamente, dos argumentos que seriam admitidos por todos, isto é, pelo auditório universal: “dir-se-á então que se lança um apelo à

razão. Que se utilizam argumentos convincentes, que deveriam ser aceitos por qualquer ser racional”. Essa é a espécie de argumentação analisada nos Tópicos, por Aristóteles, pois se trata de raciocínios dialéticos utilizáveis em qualquer controvérsia, diante de qualquer interlocutor e que não precisam ser adaptados às particularidades do auditório (Ibidem, p. 144). Acrescenta, ainda:

Como toda argumentação é relativa ao auditório que ela se propõe influenciar, ela pressupõe, tanto na mente do orador quanto na do auditório, o desejo de realizar e de manter contato entre os espíritos, de querer persuadir, por parte do orador, e o desejo de escutar, por parte do auditório. Não se dá a qualquer um, sobre qualquer tema, em qualquer circunstância, a oportunidade de se fazer ouvir.

Para persuadir o auditório é necessário primeiro conhecê-lo, ou seja, conhecer as teses que ele admite de antemão e que poderão servir de gancho à argumentação. É importante não só conhecer quais são as teses admitidas pelos ouvintes que fornecerão à argumentação seu ponto de partida, mas também a intensidade da adesão do auditório.

Há uma nítida diferença entre o discurso sobre o real e o discurso sobre os valores. Aquilo que se opõe ao verdadeiro só pode ser falso e o que é verdadeiro ou falso para alguns deve sê-lo para todos: não se tem de escolher entre o verdadeiro e o falso. Mas aquilo que se opõe a um valor não deixa de ser um valor e nada garante que a hierarquia de valores de um será reconhecida por outro.

Enquanto os raciocínios demonstrativos, as inferências formais são corretas ou incorretas, os argumentos, as razões fornecidas pró ou contra uma tese tem maior ou menor força e fazem variar a intensidade da adesão de um auditório. Todas as técnicas de argumentação visam, partindo do que é aceito, reforçar ou enfraquecer a adesão a outras teses ou suscitar a adesão a teses novas, que podem, aliás, resultar da reiteração e da adaptação das teses primitivas (Idem, 2000, p. 144-147).

Não se trata de novidade, nem mesmo para a época, a ideia de adesão e direção do discurso, a qual se mostra essencial nas teorias antigas da retórica. “Nossa aproximação desta última visa enfatizar o fato de que é em função de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve” (PERELMAN; TYTECA, 2002, p. 6), ressaltando, em seguida, a importância da ideia de adesão. Permite-nos, assim, a compreender a razão como razão historicamente situada (Idem; 1963, p. 100-103).

O auditório é entendido desta forma, como “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação” (PERELMAN; TYTECA, 2002, p. 22), ressaltando o objeto da Teoria da argumentação como “*o estudo dos meios de argumentação, não pertencentes à lógica formal, que permitem obter ou aumentar a adesão de outrem às teses que se lhe propõem ao seu assentimento*” (PERELMAN. 1997, p. 57, grifo do autor).

É importante neste passo revisitar a definição de retórica de Aristóteles, para quem ela é “um método de investigação graças ao qual possamos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas, sobre qualquer problema que seja proposto, e sejamos também capazes,

quando replicamos a um argumento, de evitar dizer alguma coisa que nos cause embaraço.” (ARISTÓTELES, 1987, 100a 18). O estagirita apresenta a distinção de raciocínio dialético e raciocínio analítico, com a afirmação seguinte:

Ora, o raciocínio é um argumento em que, estabelecidas certas coisas, outras coisas diferentes se deduzem necessariamente das primeiras. (a) O raciocínio é uma “demonstração” quando as premissas das quais parte são verdadeiras e primeiras, ou quando o conhecimento que delas temos provém originariamente de premissas primeiras e verdadeiras: e, por outro lado (b) o raciocínio é “dialético” quando parte de opiniões geralmente aceitas. São “verdadeiras” e “primeiras” aquelas coisas nas quais acreditamos em virtude de nenhuma outra coisa que não seja elas próprias; pois, no tocante aos primeiros princípios da ciência, é descabido buscar mais além o porquê e as razões dos mesmos; cada um dos primeiros princípios deve impor a convicção da sua verdade em si mesmo e por si mesmo. São, por outro lado, opiniões “geralmente aceitas” aquelas que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos – em outras palavras: todos, ou a maioria, ou os mais notáveis e eminentes (Idem, ibidem, 100a 25).

A retórica, com essa conceituação, tem por objeto a arte de falar em público e sua função, e conforme é ressaltado por Grácio, “tratar de temas sobre os quais devemos deliberar e sobre os quais não possuímos técnicas, perante auditores que não têm faculdade de inferir por numerosos degraus e de seguir um raciocínio a partir de um ponto afastado” (1993, p. 70).

Nesse passo, não podemos deixar de transcrever a seguinte afirmação de Perelman para quem essa ligação com a ignorância que fundamenta a retórica teria sido a razão de seu declínio.

Cumpramos observar, de imediato, que essa concepção que fundamenta a retórica na ignorância e no provável, à míngua do verdadeiro e do certo – e que não dá espaço algum ao juízo de valor – a deixa, à primeira vista, num estado de inferioridade que explicará seu declínio posterior. Em vez de ocupar-se com a retórica e com opiniões enganadoras, não será melhor, amparado na filosofia, procurar conhecer o verdadeiro? A luta entre a lógica e a retórica é a transposição, em outro plano, da oposição entre a “aletheia” e a “doxa”, entre a verdade e a opinião, característica do século V a. C. (1997, p. 66).

Aristóteles identifica três espécies de auditórios. O deliberativo, a respeito do qual pressupõe uma controvérsia deliberativa. O judiciário, que pressupõe um litígio judiciário. E o epidíctio, que embora não conduza a nenhuma decisão em particular, era muito utilizado, mas não via Aristóteles uma finalidade específica para essa espécie (ARISTÓTELES, 2004, p. 64).

“Ao contrário de Aristóteles, os discursos epidícticos têm um efeito sério, o de criar uma comunhão em torno de certos acontecimentos, de certas pessoas, de certas realizações, cuja valorização caracteriza a cultura de uma sociedade.” (PERELMAN, 2000, p. 147-148).

A epistemologia empirista se empenha em fazer todas as nossas ideias derivarem da experiência, a qual não podemos deixar de recusar. “Pois ela ignora que, ao lado da experiência, cujo papel é inegável para controlar e corrigir nossas ideias, estas constituem um elemento preliminar, transmitido pela tradição e pela educação, e que requer a existência de uma língua comum” (Idem, *ibidem*, p. 148).

Uma argumentação visando a adesão, como contato dos espíritos, de um auditório determinado até aqui exposto pode ser feito de algumas maneiras e formas. No passo seguinte vamos analisar a proposta feita Perelman visando tal finalidade. A persuasão e o convencimento.

2.7 PERSUASÃO E CONVENCIMENTO.

Há que haver uma finalidade, um objetivo para o desenvolvimento de discurso para um auditório. Fosse formulada a afirmação anterior em forma de pergunta, Perelman responderia que a persuasão do auditório é o objetivo do orador preocupado com o resultado de seu discurso. Enquanto o discurso convincente é aquele que se destina a obter a adesão racional dos ouvintes, “apelando para a convicção crítica deles, e não para qualquer ordem de apelo emotivo, em que o auditório particular pode vir a se tornar vítima de pressão ilegítima e da intimidação emocional ou física”⁴⁵ (PERELMAN; TYTECA, 2002, p. 29-34). Pretende-se destacar, a distinção dessas duas categorias, o caráter da argumentação utilizada, construindo a ideia de um auditório universal.

Nesse passo, busca-se a caracterização, tecnicamente, como “persuasiva uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar convincente àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional, o auditório universal” (*Ibidem*, p. 31). Ressalte-se que Perelman reconhece que esta distinção é extremamente imprecisa e deva permanecer dessa forma.

⁴⁵ antecipa a discussão sobre a chamada violência simbólica, que cronologicamente somente será incluída mais de uma década após suas afirmações sobre essa temática.

No entanto, diante desse quadro, o problema que se apresenta é o de como qualificar um auditório, ao qual se dirige de racional ou não. A ideia de um auditório racional passa a assumir uma função normativa, de maneira que o discurso convincente é composto de teses universalizáveis. Equivale afirmar, que essas teses são aceitáveis pelo auditório universal. E é em virtude desse grau de aceitação que se pode falar em eficácia da argumentação.

Repise-se um ponto fundamental para a tese de Perelman. O objetivo de toda argumentação “é provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento”. Portanto, a eficácia da argumentação está ligada à sua capacidade de provocar a disposição para a ação nesses ouvintes (Ibidem, p. 50). E o que determina a eficácia do discurso é a adaptação do orador ao auditório. Para atingir essa eficácia o raciocínio do orador deve ter como ponto de partida teses que já são admitidas pelo auditório. A argumentação visa, conseqüentemente, transferir a adesão do auditório das premissas para as conclusões. As premissas inaceitáveis correm o risco de serem rejeitadas, por não desencadearem uma relação de solidariedade com as conclusões pretendidas pelo orador (PERELMAN, 1999, p. 41).

Mostra-se desta forma, a atenção dispensada neste aspecto em especial por Perelman à sua teoria, a ponto de afirmar que a ausência de preocupação do orador com a adesão do auditório às premissas do seu discurso, este comete a mais grave das faltas: *a petição de princípio* (grifamos). “Esta, considerada tradicionalmente como uma falta de lógica, não é uma falta de demonstração, pois ela em nada concerne à verdade ou falsidade das proposições que constituem o raciocínio” (Ibidem, p. 41-42).

No modelo argumentativo de Perelman a adesão do auditório às premissas da argumentação é chamada de acordo.

2.8 O ACORDO.

Sendo, portanto, como se afirmou no item anterior o acordo a adesão do auditório à premissas, e esse é o ponto em comum em tal ideia, de acordo do auditório, Perelman

procede à análise "tanto dos pontos de partida dos raciocínios quanto da forma pela qual esses raciocínios se desenvolvem, mediante procedimentos de ligação e dissociação" (PERELMAN; TYTECA, 2002, p. 78).

Ao iniciar a abordagem, observa que o acordo pode ser pertinente a três ordens de apreciação: (a) em relação ao conteúdo das premissas, (b) em relação à escolha das premissas e (c) quanto ao modo de apresentação das premissas. No tocante aos objetos de acordo, Perelman classifica os principais tipos em dois grupos: o primeiro grupo relaciona-se com o real, incluindo fatos, verdades e presunções; o segundo, com o preferível, englobando valores, hierarquias e os lugares do preferível (Idem, *ibidem*, p. 74-78).

Veja-se que mesmo o grupo que se relaciona com o real e inclui os fatos e as verdades são elementos objetivos que, por si sós, impõem-se a todos, o que equivale dizer que são válidos para o auditório universal, mas do ponto de vista argumentativo, ainda assim eles podem ser colocados em discussão e podem ser até desqualificados mediante a apresentação de outros fatos e verdades conflitantes (Idem, p. 75-78).

Como mencionado acima, as presunções também são admitidas pelos auditórios e quando oferecem bases suficientes para assegurar uma convicção razoável, as presunções são consideradas tão seguras quanto os fatos e as verdades. Elas gozam do acordo universal, mas espera-se que a adesão seja reforçada por outros elementos, em dado momento. Estão ligadas, geralmente, ao senso comum, podendo ser questionadas pelos fatos. O ônus da prova em matéria de Direito oferece diversas possibilidades de presunções legalmente admitidas (Ibidem, p. 79-83).

Existem acordos, porém, que são característicos de auditórios particulares. Os objetos relacionam-se com os valores, as hierarquias e os lugares do preferível. Dessa forma, algumas escolhas podem recair sobre preferências – valores e hierarquia de valores – e outras sobre o preferível – lugares do preferível. O que determina se são ou não válidos para um auditório particular ou universal é a generalidade e vagueza dos valores. Quanto mais vagos, maior a possibilidade de aceitação por todos, isto é, pelo auditório universal. Quanto mais precisos, mais se aproximam dos auditórios particulares. Há, ainda, os valores abstratos, como a justiça, e valores concretos como a família e as instituições. “Para as verdades não é admissível hierarquias, mas para os valores essas são admissíveis, e a exemplo da tipologia dos valores, as hierarquias podem ser abstratas ou concretas” (Ibidem, p. 83-94).

Os lugares do preferível assumem, junto aos valores e às hierarquias de valores, a mesma importância que as presunções junto aos fatos e às verdades. As premissas, quando são de ordem muito geral são chamadas de lugares (SILVA. 2005.2005, p. 62). Aristóteles diferencia lugares comuns e lugares específicos: os primeiro dizem respeito a afirmações genéricas que se presumem valer mais, são teses aceitas com mais facilidade, são pertinentes ao senso comum ou, ainda, são proposições não contestadas; e os segundo são pertinentes ao que é preferível em determinadas áreas (Idem, ibidem, p. 94-96).

Perelman apresenta a classificação metodológica dos lugares comuns em três grupos, a saber: 1) os lugares da quantidade são utilizados quando se afirma a superioridade de um elemento sobre outro, com base em números; exemplifica com a noção de democracia que leva em consideração este tipo de argumento, o argumento da maioria; 2) os lugares da qualidade aparecem quando, por exemplo, o motivo oferecido para preferir algo advém de sua raridade, de seu caráter insubstituível, favorecendo o que é excepcional; 3) os outros lugares: 3.1) são aqueles lugares de ordem, como, por exemplo, a supremacia da anterior sobre o posterior; 3.2) os lugares do existente, que beneficiam os raciocínios baseados sobre elementos já existentes na realidade fática em detrimento do que é eventual ou mesmo impossível; 3.3) os lugares da essência, que apontam a superioridade de indivíduos que melhor representam a essência de determinado gênero e 3.4) os lugares da pessoa, que concedem prioridade ao que for relativo à dignidade e à autonomia da pessoa (Idem, ibidem, p. 97-111) (SILVA. 2005, p. 63).

É preciso, ainda admitir a possibilidade de acordos específicos de auditórios particulares, que seus membros presumem ser partilhadas por todo ser racional, como no Direito, onde quem argumenta tem a certeza de estar partindo de cânones aceitos e preestabelecidos dentro do sistema de raciocínio em que se encontra (idem, p. 112-118).

Como não podia deixar de ser, a escolha das premissas envolve: a escolha dos elementos e a ordem na qual se apresentam; o modo de apresentação; e os julgamentos de valor, intrínsecos a todo o procedimento (PERELMAN, 1999, p. 53).

Na mesma época, mas em países e circunstâncias históricas diferentes, Theodor Viehweg procura dar outro tratamento à questão da retórica e da argumentação, conforme passamos a analisar.

Capítulo III

O resgate da Retórica por Theodor Viehweg

A leitura da obra de Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, permite encontrar, já em seu primeiro parágrafo, na tradução para o português feita pelo professor Tercio Sampaio Ferraz Junior, a preocupação com a “pesquisa de base da Ciência do Direito” (1979, p. 17)⁴⁶. Logo a seguir, faz a afirmação de tratar-se “de analisar a estrutura da jurisprudência de um ângulo até agora pouco observado, permanecendo-se ciente, entretanto, dos limites da empresa” (Ibidem, p. 17).

Nesse fragmento inicial do rico texto de Viehweg já podemos identificar a utilização de dois termos: Ciência do Direito e Jurisprudência. E seria possível retomar o questionamento sobre o Direito tratar-se de uma Ciência? O modelo das ciências naturais é suficiente para a variabilidade de questionamentos apresentados pelo Direito? Em não havendo adequação ao modelo de ciência seria possível falar-se em racionalidade da ciência? Por último, o modelo apresentado é suficiente a dotar o Direito de racionalidade? No capítulo anterior esboçamos algumas das respostas apresentadas por Perelman e sua teoria da argumentação jurídica para responder alguns dos questionamentos que apresentamos, agora apontamos algumas possíveis respostas que Viehweg apresenta a tais questões.

Não é demais fazermos a objeção de que, no Brasil a interpretação e organização que a doutrina faz das normas jurídicas é tida como científica (DINIZ. 2005, p. 27) e, via de regra, designada como ciência do Direito. À expressão Jurisprudência é reservado à definição de conjunto de julgados proferidos por um Tribunal.

⁴⁶ Em recente tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada, da mesma obra, a professora Kelly Susane Alflen da Silva, deixou preferiu as seguintes expressões: “A presente dissertação tem como propósito ser uma contribuição à investigação dos fundamentos da ciência Jurídica. Nela se analisa a estrutura da Jurisprudência desde um ponto de vista que tem sido até agora raramente observado, razão pela qual se está plenamente consciente da incompletude da iniciativa desta empreitada. Ela tem se limitado a um estudo dos fundamentos e tem deixado de lado, de momento, uma investigação histórica independente. **Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008, p. 15

O mesmo não se passa, no entanto, na Alemanha onde a expressão *Jurisprudência* (*Jurisprudenz*) é equivalente ao que no Brasil convencionou-se chamar de *Ciência Jurídica* e não às decisões de tribunais, conforme nos esclarece o tradutor em nota (VIEHWEG. 1979, p. 109).

Na sua obra clássica, a opção de Viehweg é pela expressão *Jurisprudência*, no sentido mais amplo, como saber jurídico, trazendo nela mesma toda a carga de formação “da doutrina jurídica alemã, com base no desenvolvimento e apropriação das fontes romana e germânica” (ROESLER. 2002, p. 28). Vê-se que não inova, não apresenta outra palavra para significar saber jurídico, mas utiliza-se da mesma expressão que a tradição sempre se utilizou, sem precisar exatamente o que é que buscava com ela. Viehweg não faz uma nova proposta de como esse saber jurídico deveria ser para que se considerasse científico, mas que demonstra que o utiliza tal como vinha sendo utilizado.

Com isso vai buscar a resposta à questão de saber se o que se praticou desde os romanos poderia ser considerado ciência, principalmente levando em consideração toda a concepção formada a partir da idade média sobre as exigências metodológicas para o entendimento do que vem a ser ciência. Não podemos perder de vista que a “Escola Histórica teve o grande mérito de por a si a questão do caráter científico da Ciência do Direito” (FERRAZ JUNIOR. 1980, p. 29).

Todos esses questionamentos já não eram novidades nos anos cinquenta do século passado. Muito ao contrário, datava do século XIX essa discussão e naquele momento era pressionada pela purificação do positivismo. A realidade que se impunha em meados do século XX era que a Europa saíra recentemente dos horrores da segunda grande guerra.

Essa tentativa de sair da imposição do padrão matematizante de ciência a todas as áreas do saber, fez com que Viehweg buscasse um novo ponto de vista para a análise do conhecimento jurídico, trazendo à tona aspectos que se encontravam abandonados por diversos anos.

Da análise da distinção engendrada por Vico da estrutura do conhecimento da cultura antiga, determinada pela tópica-retórica, e da moderna, ancorada no padrão aritmético de Descartes, é que leva à investigação da Tópica com a *Jurisprudência* (VIEHWEG. 1979, p. 17-21). Esse resgate é que pode ser entendido como a novidade apresentada por Viehweg, o qual é buscado em Aristóteles e Cícero para pensar a estrutura da *Jurisprudência* desde a

Antiguidade à sua época. A essa noção buscada na antiguidade é acrescida a lógica, linguística e teoria da comunicação, tanto no trabalho *Tópica e Jurisprudência*, como em seus escritos posteriores (SILVA. 2005, p. 94-95).

Não repetiremos, passo a passo a abordagem elaborada a partir dos estudos antigos e modernos, mas selecionaremos os aspectos mais importantes de Viehweg para a finalidade única da presente investigação. Começaremos com a distinção sucinta entre pensamento dogmático e zetético.

3.1 PENSAMENTO DOGMÁTICO E ZETÉTICO NO DIREITO.

No desenvolvimento de sua abordagem sobre os âmbitos de abordagem do saber jurídico, Viehweg vai apresentar a distinção do modo de pensar dogmático e zetético em 1968 (1997, p. 71-85), tendo por finalidade buscar entender a ampla complexidade do fenômeno jurídico e que ao jurista impõe tarefas diferentes, desde a análise de um determinado ordenamento jurídico até investigações de caráter científico ou filosófico (Ibidem, p.114-127). Curioso é que essa distinção, apresentada dessa forma, e com essa terminologia, não se encontra paralelo na literatura jurídica do período. Porém, não recebeu a mesma notoriedade como a que ocorrera com a recuperação da *tópica*.

A proposta consiste, basicamente, na análise de como podem surgir âmbitos do conhecimento como âmbitos temáticos, concebê-los como esquemas de perguntas e respostas. Exemplificativamente, constrói-se um campo de problemas descritível, para os quais se oferecem “*topoi*” como respostas e de acordo com o processo de provas diferentes são aceitos ou rejeitados (Ibidem, p. 75).

O equilíbrio da distribuição da importância dada às perguntas ou respostas possui relevância, já que carregando nas tintas das perguntas, em que os chamados conceitos-chaves são também questionados, estamos diante do âmbito do conhecimento de investigação, o zetético. No entanto, ao atribuirmos maior importância às respostas, estamos diante do âmbito da dogmática.

Sob o ponto de vista do âmbito da zetética seria possível colocar em questionamento todas as respostas oferecidas na investigação, inclusive seus pontos de vista retóricos que seriam adotados como respostas, o que poderia gerar um decurso infinito, ou sem termo final definido. São sugestões vulneráveis, por se tratar de meras tentativas. No âmbito da zetética, portanto, as respostas buscam facilitar a discussão. O desafio e até mesmo a refutação são pensadas, dessa forma, como provisórias, tendo por tarefa caracterizar o horizonte de questões no campo escolhido (Ibidem, p. 118). Poderíamos aqui falar em reflexividade, no sentido de um “questionamento crítico que se manifesta na própria discussão, quando se tenta buscar, seriamente, uma nova justificação para os objetivos e fundamentos assinalados no próprio discurso” (FERRAZ JUNIOR. 1997, p. 6-7).

De outro lado, quando é salientada a resposta, parte-se de pontos que são subtraídos do questionamento, são mantidos como respostas inatacáveis, são postas como absolutas, ao menos por algum tempo. E Esses pontos inatacáveis dominam, por assim dizer, as demais respostas, impedindo que estas ponham em perigo aquelas, devendo mesmo procurar uma conciliação com elas em um sentido que seja aceitável (VIEHWEG. 1997, p. 76).

É realçado com nitidez a diferença significativa de ambos os enfoques. Pode-se afirmar, como o faz o professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, que o enfoque zetético tem função especulativa explícita e tais funções são infinitas. O problema tematizado é configurado como um ser (que é algo), por isso o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa, fixando a função informativa da linguagem. O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas opiniões. Tem função diretiva explícita e são finitas. Acrescente-se que, a “zetética tem como ponto de partida uma evidência, que pode ser frágil ou plena. Tanto em uma, quanto em outra, alguma coisa tem de ser subtraída à dúvida para que a investigação se proceda” (2001, p. 43). Enquanto a zetética deixa de questionar certos enunciados porque os admite como verificáveis e comprováveis, a dogmática não questiona suas premissas porque elas foram estabelecidas (por arbítrio, por um ato de vontade ou de poder) como inquestionáveis. Nesse sentido, a zetética parte de evidências, a dogmática parte de dogmas. E ao teor do proposto por Ferraz Junior uma premissa será evidente quando estiver relacionada a uma verdade e será dogmática, quando relacionada a uma dúvida que, não podendo ser substituída por uma evidência, exigir uma decisão. A investigação zetética tem sua característica principal na abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções (questões infinitas) (Ibidem, p. 43).

Ponto relevante diz respeito à explicação para a existência de dois âmbitos do conhecimento jurídico e está diretamente ligada à função desempenhada por cada um dos modos de pensamento já destacado. Assim a função do pensamento dogmático é relacionada com a opinião e a formação de opinião, por outro lado, a do pensamento zetético à dissolução de meras opiniões através da investigação e da dúvida .

Nesse passo é interessante notar a afirmação de Garcia Amado, o qual, na integra, afirma:

Desde el punto de vista de la finalidad a que estos tipos de pensamientos se orientan, podemos decir que, según VIEHWEG, el pensamiento dogmático se propone reflexionar sobre una opinión que no se cuestiona, sino que se entiende dotada de autoridad y cuya legitimidad se da por sentada de antemano. Determinadas fórmulas se toman como dogmas, ya sean leyes u otros equivalentes, y se hacen objeto de estudio, pero teniendo en cuenta que no se pueden modificar o dejar de lado. Frente a ello, como hemos visto, el modo de pensar investigador hace su objetivo de lo que para el pensar dogmático es una prohibición: el cuestionamiento, crítica y examen continuado de todo tipo de contenidos, presupuestos y métodos (1988, p. 227).

Constata-se que no âmbito cotidiano da ação e da decisão os sistemas dogmáticos parecem ser indispensáveis, pois se quer “guiar ações e esquemas de ações com uma fundamentação (ou justificação) racional”, tem que pressupor um pensamento que contenha afirmações subtraídas a toda questionabilidade, com afirmações dogmáticas (VIEHWEG. 1997, p. 78). Sendo, pois, o pensamento dogmático adequado ao pensamento cotidiano, favorecendo, então, à tomada de decisões.

O pensamento dogmático apresentado por Viehweg tem seu modelo na função de formação de opinião do pensamento cotidiano, tendendo à reflexão da práxis e a incluindo no debate do saber jurídico (SILVA. 2005, p. 110).

O pensamento dogmático proposto não pode abandonar seu desenvolvimento constante, mantendo o sistema coeso e estável, ressaltando a importância da hermenêutica, para realizar o papel da flexibilização com suas intervenções interpretativas necessárias (VIEHWEG. 1997, p. 15).

Assim, a afirmação de Viehweg:

Un sistema dogmático que, como se há indicado, desee apoyar un esquema de acción con una fundamentación sistemática, tiene que disponer de una suficiente estabilidad y también de una adecuada flexibilidad. Tiene, además, que poseer una doctrina básica unificante, mantenida como inmutable y, por otra parte, permitir el mayor número posible de intervenciones complementarias e interpretativas, cuya conciliabilidad con la doctrina básica parezca ser demostrable. Pues sólo así es posible conservar el sistema dogmático en tanto tal, en cuyo horizonte se mueven las argumentaciones de los juristas prácticos (Ibidem, p. 78).

Vê-se, desse modo, que o pensamento dogmático “não se exaure na afirmação do dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação, o que é a função da dogmática” (FERRAZ JUNIOR. 2001, p. 49). Embora dependendo de pontos inegáveis de partida, os dogmas, não trabalham com certezas, mas com incertezas (Ibidem, p. 49-50).

O pensamento dogmático busca provocar, em um grupo social mais ou menos amplo, um comportamento com o menor grau de perturbações. Este âmbito do pensamento possui uma função social, a qual não se pode perder de vista, pois essa função estrutura este pensamento e determina seu desenvolvimento (VIEHWEG. 1997, p. 101). Chama atenção para a função social múltipla que transmite aos demais uma convicção e converte em prescrição de conduta, destacando, mais uma vez sua função operativa⁴⁷ (Ibidem, p. 101-102).

Já o pensamento zetético possui uma função cognoscitiva, sendo que ela estrutura e determina este pensamento não deixando que ideias fundamentais pressupostas, fiquem dogmaticamente fora de questão. O pensamento zetético é tentativo, vez que busca o aumento do grau de suas afirmações que estão sempre sujeitas a modificações, para que a teoria possa ser mais bem construída (Ibidem, p. 102). Quando usa a linguagem para transmitir uma informação descreve um estado de coisas. O pensamento dogmático mescla o sentido informativo da linguagem com o seu sentido diretivo, o qual nele pode ser considerado preponderante (FERRAZ JUNIOR. 2001, p. 39).

Nesse passo chama a atenção para o fato de que é importante que a teoria com função social só pode levar a cabo a regulação do comportamento, se não deixa sem respostas nenhuma questão essencial no campo de problemas que devem ser caracterizados com maior precisão. Tem que se apresentar com a pretensão de poder dar um conjunto completo de respostas satisfatórias no âmbito jurídico, possuindo, dessa forma, uma intenção holística (VIEHWEG. 1997, p. 23).

O que se toma por teorias ideológicas possui as características do pensamento dogmático – pretensão holística, função social. Tal situação deve-se, especialmente, à função social que elas cumprem e que impede a avaliação de acordo com critérios puramente cognoscitivos, mas sim, repisamos função performativa. Orienta, portanto, a regulação de condutas sociais. Recorre-se, muitas vezes, às questões de crença por não se ter alcançado

⁴⁷ Sobre a prescrição de conduta e o modo imperativo: HARE, R. M. **A linguagem Moral**. São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 3-81.

uma fundamentação científica ou filosófica adequada, impedindo uma análise sob critérios puramente cognoscitivos (Ibidem, p. 103).

Conforme o que foi dito até aqui, pode-se afirmar que o que pressupõe uma dogmática jurídica é algo que poderia ser chamado uma ideologia jurídica, qual seja, uma teoria com função social no campo do Direito. Esse é um conceito neutro de ideologia⁴⁸ (Ibidem, p. 105), “no sentido de um conjunto de ideias ou doutrinas que visam a conformar o ambiente social numa direção determinada” (ROESLER. 2002, p. 88).

Viehweg sustenta que as ideologias pertencem à classe das concepções de mundo. Sendo considerações acerca do mundo e da vida, que vinculam sentimentos de esperança e temores, que muitas vezes podem oferecer uma ajuda estabilizante para a vida .

Vê-se, portanto, que não se pode substituir um âmbito de pensamento à outro, como adequado ao complexo pensamento jurídico, mas a partir de ambos que se poderá compreender a complexidade do saber jurídico. Mais, da relação entre esses âmbitos é que se poderá falar numa racionalidade do conhecimento jurídico e sua prática.

Já tivemos, pois, oportunidade de salientar que Viehweg centrando no pensamento jurídico como objeto da filosofia do direito, buscava caracterizá-la como uma filosofia da ciência, tomando a dimensão zetética e dogmática.

Foi visto, também, que a dogmática pode ser objeto de uma abordagem zetética e nesse passo procurou-se ressaltar o que queria Viehweg ao propor uma teoria da argumentação, com o uso de uma lógica dialógica, mas com vistas para a dogmática jurídica. Passemos a uma análise da filosofia do direito como investigação de base.

3.2 A FILOSOFIA DO DIREITO COMO INVESTIGAÇÃO DE BASE.

⁴⁸ Ressalte-se que o conceito de ideologia utilizado aqui em nada se assemelha ao conceito utilizado no Capítulo X.

No item anterior procurou ressaltar a diferença estabelecida de enfoque dos âmbitos dogmático e zetético e deixou-se transparecer que Viehweg entendia que o enfoque do âmbito zetético pode dar ensejo a um discurso ou a uma argumentação científica e a uma argumentação filosófica, qualificando essa última de investigação básica todas as vezes que a analisa. Não há clareza suficiente e detalhada do que possa ser considerado um pensamento científico e a distinção existente para com o pensamento filosófico. Essa é uma crítica seriamente empreendida contra seu pensamento, a falta de clareza.

Procura qualifica a filosofia do direito como investigação básica destacando que a problemática que aqui interessa é aquela sob a perspectiva da ciência do direito. Não significa isso, no entanto, que sejam negados outros aspectos com os quais se conta como auxiliares (VIEHWEG, 1997, p. 31).

A investigação básica está presente em outros campos do saber humano como nas matemáticas e ciências naturais. Em comum entre elas é o fato de que investigam aquilo que pressupõe um âmbito de saber ou uma atividade intelectual especial e que é ele que lhe dá conteúdo e forma. Possui importância decisiva o fenômeno inicial eleito e a experiência profissional no manejo da respectiva problemática (Idem, p. 31).

Ponto de destaque é o objetivo de uma investigação básica o qual pode indicar o aprofundamento dos fundamentos de nossa disciplina, isto possibilita a distinção entre conhecimentos elevados e profundos. Por conhecimentos elevados entende-se aqueles que estão condicionados pelos profundos, qual seja, os fundamentos. Aprofundamento significa, pois, que o pensamento se move dos conhecimentos elevados aos fundamentos (Ibidem, p. 31-32).

É a partir do estabelecimento de tais conceitos que Viehweg procura fixar que as diferenciações que se apresentam, entre conhecimentos elevados e profundos, são obtidas nessa direção no inicial afastamento dos conhecimentos elevados e existe sempre o risco objetivo e pessoal, porém oferece oportunidade de uma intelecção proveitosa. Afirma, ainda, que podem todos os teóricos estar caracterizados por uma estimacão exagerada desta oportunidade intelectual. O verdadeiro prático não dá motivo algum a tal suposição, permanecendo nos conhecimentos elevados e os diferencia na direção contrária. Quando busca esse aprofundamento, se aparta de seu uso habitual da linguagem. Porém, a investigação básica tem clara consciência de que o conhecimento elevado e profundo se

implica reciprocamente. Com efeito, não poderia ser o que quer ser se não tivera o devido respeito por ambos e o necessário conhecimento de ambos (Ibidem, p. 32).

O movimento é indicado por Viehweg, o processo da investigação de base, mas não reporta de modo detalhado sobre o que considera como conhecimentos elevados e profundos, nem tão pouco dá indicação sobre qual seria a fonte dessas suas afirmações, dificultando o entendimento exato da extensão e o significado dessas categorias do conhecimento.

Para o ponto de partida de uma investigação básica propõe a escolha entre dois caminhos distintos, fixando como fio condutor as instituições jurídicas ou o pensamento jurídico, enquanto cumpridor de uma função social. A opção feita por Viehweg é do pensamento jurídico e o pensamento do jurista prático, envolvido com a aplicação do direito (Ibidem, p. 33).

O jurista assim volta a entender-se como intérprete do direito, sabedor que faz interpretação até mesmo quando essa não é necessária (Ibidem, p. 34). Consequentemente terá de perguntar-se por uma teoria da interpretação mais ou menos confiável, quer dizer, mais exatamente, por uma prescrição de interpretação para a interpretação desses textos, exigindo dela que permita captar a teoria do direito material, obrigatória, aqui dominante, a fim de poder ajudar a que a "interpretatio juris" logre a necessária unidade postulada (Ibidem, p. 35).

Há épocas em que uma teoria tal vale sem haver sido escrita e, às vezes, até de forma semi-inconsciente. Noutras há uma viva necessidade de que se apresente tal teoria básica, em não pouca medida a fim de que o interessado no direito possa conhecer, até certo ponto, o que é que aqui, neste círculo jurídico, se considera como "fundamenta justitiae", isto é, o que se pode esperar (Ibidem, p. 35).

Mudando de enfoque, do pensamento cotidiano dogmático do trabalho jurídico predominante, para uma descrição inicialmente distinta, resultaria em um quadro essencialmente igual: uma opinião considerada como vinculante (dogma) desenvolvida e diferenciada através de variados esforços intelectuais (dogmática) (Ibidem, p. 36).

Retomando o tema, Viehweg afirma que a investigação de base se divide em duas vertentes: estrutura básica do direito e teoria básica do direito, propondo o estudo de cada uma das vertentes, o que faz apenas para fins analíticos (Ibidem, p. 37-38).

A análise da estrutura básica do direito leva em consideração que o enfoque escolhido é da dogmática jurídica. Faz uma análise da confrontação entre a lógica matemática, com base nos novos desenvolvimentos da lógica formal e a jurisprudência. Tal confrontação tem como fim mostrar que a argumentação jurídica não possui o rigor lógico, próprio das ciências exatas e naturais, implicando em refletir sobre suas causas e se isto é ou não algo evitável (Ibidem, p. 38-39).

Viehweg faz uma comparação entre o pensamento dialético moderno, hegeliano, e sua prescrição de interpretação totalizante e outra possibilidade de tratar com um pensamento dialético não hegeliano, que conduz, segundo ele, a uma interpretação aberta e fragmentária que vê o todo de outra forma (Ibidem, p. 41-43).

De modo geral, pode-se esperar da investigação básica que indique aproximadamente as estruturas possíveis de um sistema diretivo para a coordenação do comportamento prático. Tal sistema condutor para o comportamento prático tem, por um lado, que ser suficientemente estável como para delimitar o campo dos argumentos permissíveis e suficientemente flexível para manter-se aberto a modificações futuras, sem perder seu ponto médio, ou seja, seu caráter (Ibidem, p. 43).

No percurso da análise do artigo "Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung", que recebeu o título em espanhol "La filosofía del derecho como investigación básica", encontramos a temática da teoria básica concreta. Retoma a análise da constituição, que serve de fundamento formal e material para esta teoria, que embora não seja determinada é determinável. A constituição é também teoria vinculante da interpretação e da criação legislativa simples ou infraconstitucional (Ibidem, p. 44-45).

A constituição textual, ou "verbal", necessita também ser interpretada, remetendo à chamada constituição material, advinda dos costumes e dos valores de uma sociedade, a observação deste enraizamento e suas consequências para uma teoria material do direito é um tema muito importante (Ibidem, p. 45).

A comparação cultural é uma necessidade urgente para Viehweg, destacando que para publicar uma grande enciclopédia sobre teorias jurídicas do mundo, haveria necessidade de descrever essas teorias em sua função social, que são as práticas jurídicas, de uma perspectiva cautelosamente sociológico-antropológica. Deveria responder a perguntas como as seguintes: que estruturas de ordenamentos são impostas? Quais as imposições são

consideradas obrigatórias? Quão alto é o grau de racionalidade das dogmáticas jurídicas desenvolvidas com a ajuda das teorias do direito? (Ibidem, p. 46)

Mas as questões propostas não esgotam, surge ainda a necessidade de propor a pergunta sobre a possibilidade de se falar da correção ou da retidão das opiniões jurídicas de um ponto de vista cognitivamente fundamentável. Suponha-se que houvéssimos entendido uma teoria jurídica dogmática, ao menos parcialmente, de uma maneira suficiente em seu contexto total para que pareça ter sentido a pergunta acerca de sua correção (pois uma pergunta assim não tem nunca sentido com respeito a orações arbitrariamente separadas), supondo ser este o caso, haveria que encontrar e indicar um critério cognoscitivo para um exame cognoscitivo (Ibidem, p. 47).

A busca desse critério cognoscitivo que servisse de parâmetro de avaliação da teoria dogmática remeter-nos-ia a uma imagem do homem sempre incompleta e provisória. É importante buscar uma vez mais em Viehweg, para melhor entendimento da questão posta, a afirmação seguinte:

Em cambio, la metateoría que buscamos, que estuviera en condiciones de controlar de alguna manera teorías jurídicas dogmatizadas como las indicadas, se distingue por su modestia. De acuerdo con la opinión dominante en la aquí descrita investigación básica, en las preguntas últimas uno se ve remitido al ámbito antropológico. Como no existe ninguna teoría efectiva del derecho sin una imagen del hombre, ésta tiene que ser el objeto de las investigaciones. También aquí es recomendable, como ya se ha insinuado reiteradamente, reducir las expectativas y no formular pretensiones de lo absoluto que, cuando resultan defraudadas, conducen fácilmente al nihilismo (Ibidem, p. 49).

O parâmetro cognitivo para a avaliação das dogmáticas jurídicas, que são teorias ideológicas em sentido funcional também aparece em outro contexto e resulta no que o autor chama de “possibilidades não ideológicas de investigar ideologias” (Idem, p. 106). Procura, então, exemplificar tomando as teorias jurídicas dogmáticas e doutrinas jurídicas, as quais qualificam de ideologia, salientando que uma poderia conforma-se em realizar uma análise comparativa das premissas, as quais serviriam para elucidar os pressupostos destas teorias de modo neutro. Outra poderia utilizar da crítica e sob o ponto de vista lógico, segundo o qual devem preferir-se as teorias que apresentam uma melhor conexão lógica, poderia ser utilizado, bem como poderia avançar um passo a mais e exigir, além do aspecto lógico, que elas demonstrem o maior grau de racionalidade possível de modo que nelas predominasse o cognoscível (Ibidem, p. 107).

3.3 INVESTIGAÇÃO DE BASE E CIÊNCIA.

Retomando a discussão sobre o critério de cientificidade, Viehweg parte da constatação da pergunta constante sobre o futuro em sociedade contemporânea, ressalta a vinculação entre ciência, técnica e o progresso, que em última análise gera a pergunta sobre o futuro. Há uma cultura técnica, afirma, da qual faz parte a pergunta pelo futuro (Ibidem, p. 128). Essa cultura tem que ser pensada com relação ao progresso, ao futuro, fazendo nossa sociedade viver do conhecimento orientado para o futuro e das correspondentes ciências.

Essa concepção foi muito difundida, especialmente pelas ciências naturais, que converteu em técnica sua intenção de domínio da natureza, modificando significativamente a sociedade pré-industrial. O mesmo ocorreu com as ciências sociais que têm que se ocupar dessa sociedade modificada, bem como de seu progresso. E essa modificação deve ser levada em conta quando se pretende buscar o lugar que qualquer ciência ocupa no contexto do saber, exemplificativamente o direito e a filosofia do direito (Ibidem, p. 128-129). Assim, a filosofia do direito deverá apresentar-se, portanto, como uma investigação básica ou como uma filosofia da ciência.

Tomando essas afirmações iniciais, apresenta as questões filosóficas ou de primeira grandeza para a atualidade, que são as seguintes: o que fazemos quando praticamos ciência estrutural geral, como matemática ou a cibernética? Ou ciência natural, como a biologia ou a física? Ou ainda, ciência social como economia ou direito? (Ibidem, p. 134)

Quando transportamos tais questões para a filosofia do direito as perguntas básicas se apresentam como: que tipo de atividade realiza o jurista dogmático ou o investigador do direito? Onde estão as diferenças estruturais e funcionais relevantes? Como se diferenciam as formas de falar e argumentar nos distintos níveis da disciplina jurídica? (Ibidem, p. 134)

A proposta de Viehweg para o futuro da filosofia do direito é a de apresentar-se como uma investigação de base, com a responsabilidade da reconstrução de uma ciência do direito orientada para o futuro, de forma não restritiva. No sentido de evitar o isolamento propiciado pela visão histórica e dogmática do fenômeno jurídico, recusando a refletir sobre as amplas condições sociais. Afirma textualmente, Viehweg:

Resumiendo, puede constatarse que la ciencia jurídica Del siglo XIX se basaba en una *doctrina del derecho racional* considerada como evidente. Por lo demás, especialmente en Alemania, estaba estructurada como una *ciencia del derecho restrictiva, orientada hacia el pasado*. Estaba orientada hacia el pasado porque subrayaba y cultivaba de manera especial sus fundamentos históricos. Era restrictiva porque la fuerza de su dogmática jurídica consistía precisamente en *no* reflejar las amplias conexiones sociales. La filosofía del derecho crítica siguió siendo frente a todo esto un fenómeno marginal. Sólo en una época más avanzada de la ciencia adquirió nueva importancia (Ibidem, p. 133, grifos do autor)

No texto "Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación básica" (Ibidem, p. 129-140), Viehweg retoma e desenvolve a distinção entre dogmática e zetética, mas agora sob o ângulo da relação entre a sociedade técnica e a ciência.

Essa retomada da distinção entre os enfoques dogmáticos e zetéticos, apresenta-se como uma investigação de base, sob o aspecto filosófico tratado até aqui. Quer pela delimitação do campo de temático; quer pela demonstração das premissas; na distinção que procede em cada tipo de conhecimento e sua correlação.

Retoma, ainda, a circularidade já mencionada anteriormente, quando do tratamento da relação entre zetética e dogmática, sobre a questão da dogmatização e desdogmatização. Salienta, que tudo isto pertence à realidade social na qual está integrada e à qual serve a dogmática jurídica, qual seja, sua função diretiva do comportamento social. No entanto, a mudança desta realidade não é independente da concepção que se tenha nesta sociedade desta mudança, qual seja, seu conteúdo cognitivo fornece parâmetros para a mudança da concepção de futuro que se deseja alcançar. Portanto, a concepção social do futuro é sempre relevante, tendo especial importância numa sociedade orientada para o futuro, na qual estão destacadas a legislação e o aperfeiçoamento do direito na direção que se deseja alcançar (Ibidem, p. 138).

Mas resta a questão sobre se a decisão acerca de um comportamento concreto é correta, exigindo uma teoria da correção que indique por e para onde deve dirigir-se o todo (Ibidem, p. 138-139). Viehweg retoma a discussão sobre a possibilidade de se obter uma teoria da correção fundamentável cientificamente e insiste nas suas ponderações sobre a doutrina marxista-leninista, especialmente na fundamentação totalizante, apontando outra opção. Convém promover a transcrição integral:

Considero que el intento de pensar al todo como un todo conduce a peligrosos razonamientos apresurados y que, por ello, hay que intentar pensar y hablar razonablemente *en* el todo. Por ello, he propuesto atenerse a la vieja dialéctica retórica (tópica), sin una interpretación del acontecer en su totalidad. Parece aconsejable, recurriendo a nuevos medios, despertar la conciencia de cómo aquí, en el discurso razonable, es decir, en el procedimiento del hablar controlable, de caso en caso *ex tempore locoque*, se puede negociar sobre el futuro; dicho de otra manera,

cómo, con la ayuda de expectativas y conjeturas de futuro, se lleva a cabo incesantemente una *poiesis* de nuestra realidad social (Ibidem, p. 139, grifos do autor)

É importante destacar a remissão à tópica e sua estrutura para fundamentar um discurso racional, aliás, essa parece ser a temática principal no desenvolvimento do tema da filosofia do direito como investigação de base, o exame do discurso e sua fundamentação racional.

À filosofia como investigação de base é dado o papel de explicitar como e em que condições pode-se falar em saber científico, pronunciando-se sobre sua estrutura discursiva, sem apresentar um espectro de funções a uma teoria científica, diante da prática de cada uma dessas ciências.

São de suma importância a análise do discurso e sua fundamentação racional, considerando, no entanto, que em Viehweg esse é o objeto da investigação de base.

3.4 DISCURSO COMO INVESTIGAÇÃO BÁSICA: O CAMINHO PARA A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Nossa sociedade vive nas ciências e suas considerações filosóficas estão vinculadas às disciplinas especializadas e os atuais problemas filosóficos desenvolvem-se nelas mesmas. Predomina hoje uma filosofia da ciência. Essa pressupõe conhecimentos e habilidades especializados e inicia sua crítica filosófica perguntando-se sobre o que faz o cientista quando pratica sua ciência, especialmente como descobre e utiliza seus argumentos. A resposta usual é a epistemologia filosófica a qual tem que ser, em boa parte, uma teoria da argumentação. No caso da ciência do direito, por uma parte prudência jurídica e por outra investigação do direito, trata-se de uma teoria do direito como teoria da ciência no sentido indicado (Ibidem, p. 163).

Ao qualificar a epistemologia filosófica como uma teoria da argumentação, o autor indica o ponto central de sua proposta. Pode-se esclarecer, a partir dessa afirmação, que uma

investigação de base é uma análise da argumentação produzida nos âmbitos da dogmática jurídica e da teoria investigativa de caráter zetético.

Viehweg afirma que a reviravolta operada no saber jurídico a partir dos anos cinquenta, possibilitou novos aspectos para a análise descrita, faz nesse ponto uma referência direta a Perelman e Tyteca (Ibidem, p. 163-164). Eles se referem, entre outros, à problemática da linguagem, a questões da lógica operativa, assim como também a novas questões de fundamentação, pois uma teoria retórica da argumentação desenvolvida deverá apresentar uma teoria do discurso fundante. Dela se esperará explicações sobre o uso da linguagem e o diálogo ("dialegethai"). Há, é verdade, mais problemática linguística do que se acaba de mencionar no âmbito da retórica, merecendo especial atenção a "lógica operativa" e o discurso fundante como fundamentação completa (Ibidem, p. 164).

Antes de mais nada, no que diz respeito à lógica é necessário estabelecer que sua concepção como "techné" responde ao aspecto retórico. Como teoria operativa as ações discursivas coerentes e não como uma teoria de objetos de tipo especial, teve sempre influência na dialética retórica. Já a concepção oposta, segundo a qual a lógica deve ser entendida como "episteme", afasta-se do ponto de partida retórico (Ibidem, p. 165).

Dessa forma, é perfeitamente possível entender em muitos aspectos os esforços mais recentes no campo de uma lógica operativa como uma recuperação e um progresso da concepção da lógica como "techné" retórica. Em ambas trata-se de fazer compreensíveis as relações da lógica como operações lógicas ou como diretrizes para operações lógicas, evitando, assim, duvidosas objetivações (Ibidem, p. 165). "Não se trata de uma nova lógica, mas novas formas não convencionais da lógica, como, por exemplo, a interpretação dialógica da lógica operativa" (KAMALAH; LORENZEN *apud* ROESLER, 2002, p. 136).

Põe em relevo a nova interpretação dialógica que permite a incorporação da lógica formal desde o início da reflexão em situação de discurso. Consequentemente, se esboça uma dialógica que permite conceber o diálogo como um jogo regrado entre dois jogadores ou partes. E é o conceito de estratégia de vitória que determina o que aqui é logicamente verdadeiro ou falso (VIEHWEG. 1997, p. 166-167).

Com isso a lógica é recolocada no contexto da retórica. A concepção retórica não deixa que se esqueça que todo discurso fundante representa sempre, ao mesmo tempo, *ações linguísticas* e sugere a pergunta se esta constatação não adquire uma importância especial

quando consideramos como insuficiente a fundamentação axiomático-dedutiva e vê-se motivado a complementá-la numa argumentação completa (grifamos). Remete-nos à problemática da fundamentação e quando podemos falar em uma argumentação completa (Ibidem, p. 167).

Para esclarecer como se estrutura essa problemática, Viehweg recorre aos três planos da semiótica – sintático, semântico e pragmático. Sustenta que a retórica desenvolvida coincide com a inversão das reflexões da semiótica, qual seja, as ações linguísticas de ambas as partes no contexto comunicativo. Isso indica iniciar o diálogo com a pragmática (Ibidem, p. 168). No entanto, a fundamentação se dá no nível sintático, isolando-se o discurso de seu contexto situacional. Se considerarmos que a separação e isolamento mencionados constituem uma simplificação ilícita, enfrenta-se a difícil tarefa de incorporar ao processo de argumentação a conexão situacional originária. Pois somente se isso se faz suficientemente, parece ser possível uma fundamentação completa, inalcançável através do sistema de fundamentação dedutiva (Ibidem, p. 167-168). Os usos da linguagem que privilegiam a sintática e a semântica tendem ao monológico⁴⁹. O pragmático conduz espontaneamente a tomar em consideração o diálogo e os deveres comunicativos (Ibidem, p. 187).

Destaca, assim, o que Viehweg chama de nova corrente crítico-linguística que também recorre à situação pragmática do discurso e é especialmente radical em sua análise. Ela sustenta que só é possível tornar suficientemente compreensível a situação pragmática geral se se concebe suas expressões como diretrizes recíprocas para o descobrimento (invenção) e o uso da linguagem. Segundo esta concepção, toda invenção e comunicação linguísticas são levadas a cabo dando e recebendo diretrizes linguísticas para a ação (Ibidem, p. 182).

A retórica teve sempre em vista, primordialmente a mencionada pragmática e o novo interesse pela retórica, possibilitou a concentração nessa perspectiva, qual a necessidade de distinguir entre pensamento situacional e não situacional, a partir da distinção entre os planos semióticos. É possível entender por pensamento situacional aquele que se desenvolve tomando como ponto de partida o seu contexto, qual seja, de um ponto de vista semiótico, o que é pragmaticamente condicionado. Não situacional, por seu lado, é aquele que não toma em consideração a situação do discurso (Ibidem, p. 177).

⁴⁹ No Capítulo V, especialmente nos tópicos 5.4 e 5.5 a distinção entre discurso monológico e dialógico é detalhado par as finalidades do trabalho, razão pela qual remetemos o leitor a estes tópicos para o aprofundamento dos conceitos de tais discursos aqui somente referenciados.

O valor da retórica consistiria aqui no que proporciona o modelo conforme ao que é possível captar e compreender essa preponderância do nível pragmático do discurso jurídico, sua dependência da situação discursiva. Do ponto de vista não retórico, o uso da linguagem no discurso jurídico se vê como apartado do contexto prático em que tem lugar. A tendência é atribuir à linguagem uma função meramente descritiva e buscar em cada termo ou argumento significados fixos e invariáveis ante qualquer situação. A retórica, por outro lado, mostra o modo de fazer compreensível o discurso a partir da dimensão pragmática do uso da linguagem, dimensão na qual este não cumpre uma tarefa puramente descritiva, senão também diretiva (GARCIA AMADO, 1988, p. 330).

É possível a constatação de que a forma de pensar não situacional é preferida porque, enquanto atividade intelectual apresenta menos dificuldades que a situacional, apesar de que esta é a que na prática cotidiana é a decisiva. O pensamento não situacional oferece facilidades intelectuais, pois o isolamento do contexto inicial favorece o ulterior desenvolvimento de uma construção sintática isolada. A sintatização isolada sublinhou o sistema dedutivo e era adequado para promover a axiomatização de forma tal que as aparentemente assituacionais matemáticas puderam ser apresentadas como um modelo imponente (VIEHWEG, 1997, p. 178).

Complementa textualmente:

Pero, en el ámbito jurídico, a diferencia de lo sucedido en el ámbito matemático desarrollado, la axiomatización que se acaba de mencionar se ha apoyado en axiomas especialmente cualificados políticamente, de manera tal que justamente por ellos u por su referencia situacional uno quedó remitido a un análisis extrasintáctico, en última instancia, situacional y pragmático (Ibidem, p. 178).

Torna-se urgente este tipo de análise quando o *partícipe* de um diálogo recusa a fundamentação meramente sintática de uma afirmação, considera-a insuficiente e exige uma fundamentação plena, que vá mais além da sintática. Então, tropeça compreensivelmente, diz Viehweg, com a problemática situacional, da qual se ocupa primordialmente a tópica como *ars inveniendi* (Ibidem, p. 178-179, grifo do autor).

De modo geral, afirma Viehweg, terá que se concordar que, quando se busca uma fundamentação que inclua a determinação dos axiomas, encontramos-nos, por assim dizer, automaticamente com a retórica. Possivelmente, em seu desenvolvimento ulterior, ela é adequada para retrotrair toda nossa atividade intelectual a um contexto prático, no qual se

vinculam as condições lógicas e éticas desta atividade. Se isto não é assim, então toda argumentação tem sua *ultima ratio* no método de argumentar (Ibidem, p. 172, grifo do autor).

Podemos inferir dessa afirmação que a racionalidade da argumentação está diretamente relacionada com método utilizado para argumentar. A construção das verdades construídas discursivamente propicia o afastamento da evidência, bem assim, impossibilita a atribuição de irracionalismo, subjetividade e arbitrariedade ao saber jurídico.

Um dos méritos da perspectiva retórica é ter posto claramente esta problemática decisiva no âmbito do método axiomático-dedutivo. Permite, afirma Viehweg, apresentar como questão chave a penetração lógica da atividade discursiva. Desperta assim o interesse por uma dialógica, em sentido da lógica operativa, conforme mencionando, e conduz, além disso, a reflexões que referem à prática e que, de outra maneira, não haviam surgido (Ibidem, p. 168-169).

Se fundamentar é necessariamente argumentar e contra-argumentar, então é uma atividade que só é possível se se satisfazem determinados deveres de comunicação e seu efetivo cumprimento para ter adquirido uma renovada importância para a filosofia prática (Ibidem, p. 169).

Com relação à problemática geral da fundamentação, qual seja, com respeito à questão acerca do que pertence a uma fundamentação completa pode-se defender a tese de que ao menos a dialógica indicada e a obrigação comunicativa a ela pertencem (Ibidem, p. 170).

Mas, o que vem a ser os deveres de comunicação? Como se relaciona com o conceito de ciência? Sobre tais questões o autor deixa o seguinte ensinamento:

La perspectiva retórica conduce, pues, a la cuestión acerca del comportamiento recíprocamente correcto de los hablantes. El discurso fundante – así podría decirse – significa formular aseveraciones que están sometidas a un deber de defensa (*officium defensionis*) y que solo se mantienen cuando pueden satisfacer este deber de defensa. Por lo tanto, el diálogo entre el defensor y el oponente debe ser investigado teniendo en cuenta las obligaciones y sus diferenciaciones en él contenidas. El ataque, la defensa y el pedido de explicación deben ser reflexionados como obligaciones; esto parece ser especialmente urgente porque nuestra realidad ‘científica’ depende, en una medida insuperable, de las aseveraciones confiables de los demás. Dada la complejidad del mundo, la brevedad de nuestra vida y la limitación de nuestras capacidad, la obligación de no distorsionar nuestra realidad con aseveraciones infundadas tiene un interés general (Idem, ibídem, p. 169, grifos no original).

Escudado em Garcia Amado, podemos afirmar que, segundo Viehweg, a investigação retórica da argumentação jurídica, única capaz de desentranhar os mecanismos últimos de sua racionalidade, começa por situar a argumentação, a analisar em seu contexto pragmático, atendendo não às relações entre signos linguísticos ou destes e os sujeitos, senão entre os signos e seus usuários. Sobre este fundo pragmático, a racionalidade possuiria regras específicas, distintas das que regem no plano puramente sintático ou semântico (GARCIA AMADO, 1988, p. 330-331).

A ideia de situação é central em Viehweg no que diz respeito à lógica dialógica como à pragmática da linguagem⁵⁰. Na situação concreta em que o processo comunicativo se desenvolve, tem-se que buscar as chaves explicativas da articulação do discurso jurídico em cada caso e do significado, eminentemente operativo, de qualquer de suas partes. O processo comunicativo se desencadeia e tem sentido somente em razão de uma concreta situação, dentro do específico conter de cada caso (Ibidem, p. 334).

Essa ideia de situação tem sua importância nesse contexto, porque justamente o que se quer evitar é a construção de um modelo que repita os mesmos pressupostos do modelo moderno de ciência.

Viehweg insiste que é necessário olhar a tópica a partir da retórica. Podemos identificar nessa ênfase emprestada por Viehweg à tópica uma das diferenciações do resgate, análise e desenvolvimento da retórica levada a efeito por Chaïm Perelman. É especialmente notável o fato de que no âmbito cultural ocidental estamos habituados à antirretórica, dando preferência para a concepção sintática retórica (1997, p. 188).

Já a postura retórica, ao contrário, prefere a concepção pragmática da linguagem. Não se preocupa em apresentar uma imagem ampla do mundo quanto a possibilitar, de uma maneira controlável, a orientação em meio a uma realidade extremamente complexa. O que primordialmente interessa aqui é elucidar como se efetiva a comunicação. É necessário investigar o permanente processo de criação que na situação do discurso produz significados linguísticos. Pois aqui não está permitido supor, simplificadamente, que estes significados estão determinados de uma vez por toda, sem relação situacional (Ibidem, p. 188).

A tópica pode oferecer certa visão neste processo de produção, já que é uma peça essencial da retórica, isto é, tem que ser julgada em primeiro lugar retoricamente. Porém,

⁵⁰ Essa discussão será retomada no próximo capítulo no presente trabalho.

como mostra a discussão sobre a tópica dos últimos anos, pode também ser julgada antirretoricamente, e, nesse caso, os "topoi" são avaliados mais ou menos desfavoravelmente. Pois, em geral, não podem satisfazer nenhuma semântica bem ordenada nem, tão pouco, uma sintática estritamente estruturada. A tópica se apresenta aqui como um exercício prévio, como uma primeira preparação para um conhecimento filosófico posterior. De acordo com essa perspectiva muito difundida os "topoi" esperariam urgentemente por um tratamento filosófico, especialmente por intermédio de uma elaboração descritiva e definitiva (Idem, p. 188-189).

Em sentido contrário, de uma perspectiva da retórica, os "topoi" se apresentam de uma maneira totalmente distinta. Tornam-se compreensíveis na dimensão pragmática da linguagem. Enquanto fórmulas de buscas pragmáticas e situacionais, abrem um jogo criativo controlável. Sugerem "ex tempore et situatione" ações linguísticas e intelectuais que podem ser aceitas ou rechaçadas pelos participantes (Idem, p. 189).

Funcionam na linguagem como avisos operativos, como fórmulas detentoras, estímulos mentais, convites criativos, propostas de entendimento, diretrizes linguísticas para a ação. Note-se que os "topoi" são oferecidos, aceitados ou rechaçados pelos interlocutores, a fim de proporcionar uma opinião compartilhada. Dessa maneira, possibilitam uma criação comunicativa reciprocamente controlável. Nesse aspecto, o trabalho mental que os "topoi" abrem e guiam possa ser esclarecido de alguma maneira reformulando-os como "convites" (Idem, p. 198-199).

Muitos sustentam, afirma Viehweg, a concepção segundo a qual todas as operações do pensamento têm que começar com diretrizes recíprocas, isto é, que nelas se encontram as verdadeiras raízes do discurso fundamentado. A concepção pragmática da linguagem, em conexão com a tópica, pode aclarar isto muito mais que a concepção sintático-semântica da linguagem. Nesta última, pode estar oculta as estruturas de ação subjacente. Havendo exagero, bloqueia-se o recurso da base argumentativa e reduz-se indevidamente o diálogo no âmbito social (Ibidem, p. 189).

Cabe constatar que a múltipla discussão realizada sobre a tópica no âmbito jurídico produziu, entre outros, o seguinte resultado: Com a distinção entre uma forma jurídica de falar e pensar orientada sintático-semanticamente e outra tópico-pragmaticamente, pode-se perceber que a segunda predomina na prática, e frequentemente, proporciona, no caso, a respectiva decisão (Idem, p. 196).

Resulta daí, na afirmação do autor, que parece ser promissor para uma teoria jurídica da argumentação voltar a discutir a retórica clássica, a partir dos pontos de vistas indicados. Esse caminho pode facilitar a resposta da questão sobre o que se faz quando se pratica ciência do direito (Idem, p. 171).

Quanto à questão do que ocorre com a concepção pragmática da linguagem quando é interrogada a partir da perspectiva da ciência da retórica, deixa claro que o mais importante é que a dimensão pragmática da linguagem encontra sua compreensão a partir da situação do discurso (Idem, p. 186).

Em que pese nossa afirmação sobre o objeto da teoria tópica é de suma importância tocar, pelo menos, naquilo que Garcia Amado afirma dizer respeito à teorização das disciplinas, objetos e métodos de estudos do direito, especialmente a diferenciação do chamado pensamento jurídico dogmático e investigador ou zetético⁵¹ (1988, p. 225).

Antes de prosseguirmos na fundamentação da proposta feita para o presente trabalho é importante que faça contato com o pensamento de Roberto Alexy, vez que é destacado crítico das ideias centrais de Perelman e Viehweg. A abordagem que se fará aqui é apenas para informar os pontos centrais de seu pensamento em contraposição aos autores que norteiam esta pesquisa.

⁵¹ Aqui não iremos realizar uma discussão de grande profundidade sobre a temática, pois não cabe ante ao teor e finalidade do presente trabalho, devendo ser estabelecido apenas as noções primordiais sobre tal diferenciação. Para o tratamento do tema com mais percuciência além das obras mencionadas de Theodor Viehweg e Tercio Sampaio Ferraz Junior, sugerimos também a leitura da nossa dissertação com o título: Racionalidade da ciência do Direito: Uma análise da Obra de Chaïm Perelman e Theodor Viehweg, especialmente o capítulo II.

Capítulo IV

Fundamentos mínimos da Teoria da Argumentação Jurídica em Robert Alexy

A opção que se faz pela adoção da abordagem tópica-retórica nos impõe uma pequena abordagem aos delineamentos básicos feitos nos últimos anos no campo da Teoria da argumentação jurídica, com destaque especial ao alemão Robert Alexy⁵².

É o que se faz no presente capítulo, uma apresentação, ainda que singela do pensamento deste brilhante pensador alemão, mas que antecipamos, não acreditamos tenha imposto uma superação por completa à linha de pensamento adotada para o desenvolvimento do presente trabalho.

Tomemos as linhas principais do seu pensamento, sem esgotar nesta exposição, pretensão inalcançável em um capítulo de tese, e sem a intenção de ser completo ou total em seu pensamento ou, até mesmo, nas críticas suscitadas.

4.1 NOÇÕES GERAIS DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY.

Procurou-se apresentar as concepções de Perelman e Viehweg como uma tentativa da ampliação do conceito de racionalidade, de maneira que este integre tanto os julgamentos baseado em critérios de verdade quanto naqueles baseados na aceitabilidade. De ver-ser, no entanto, os limites estabelecidos pelo conceito de auditório e sua possibilidade de compartilhamento, pois se o argumento é aceitável enquanto construído de acordo com os “topoi” efetivamente compartilhado por um determinado auditório, a questão que se põe é se a validade deste tipo de construção poder transpor os limites do auditório. Defendemos essa

⁵² Não se quer com isso ignorar o posicionamento de Toulmin, MacCormick, Habermas, Aarnio, etc., apenas delimitamos na teoria, como forma de revisão teórica, a que vem recebendo certo destaque nos círculos universitários no Brasil na atualidade e que tem despertado maior interesse na sua discussão, em especial pela crítica veemente em relação a aspectos da teoria defendida por Perelman e Viehweg.

possibilidade, com Ferraz Junior, vez que a noção de auditório trabalhado em Perelman leva por consequência o discurso para o seu âmbito monológico, conforme se argumentou acima.

Podemos identificar a influencia de Habermas no pensamento de Alexy ao considerar a que as teorias “tópico-retóricas acentuam corretamente que a discussão é a única instância de controle da validade de julgamentos valorativos”, mas que como regra não oferecem critérios que garantam a racionalidade dos discursos jurídicos. Assim é que ele busca traçar sua teoria da argumentação.

Inicialmente é importante assinalar que Alexy abandona a ideia de traçar uma teoria normativa da interpretação composta por critérios semânticos, que possibilitariam a identificação de respostas dentro do sistema predeterminado. Estabelece uma teoria normativa da argumentação composta de uma série de regras que define seu procedimento com vista à justificação, o que poderia ser aplicado não só ao discurso jurídico, mas a todo e qualquer discurso.

A teoria do discurso é uma teoria normativa do discurso. Portanto, ela aborda o problema de como as regras do discurso racional podem ser justificadas. À primeira vista, esse problema parece não admitir nenhuma solução. As regras do discurso racional prático podem ser entendidas como normas para a justificação de normas. Sua Justificação não requer normas de terceira ordem e assim por diante, de modo que o regresso infinito descrito em relação às normas do mesmo nível, acaso também se aplica com relação às normas de níveis diferentes? Antes de desistir, devemos em primeiro lugar investigar os caminhos possíveis de chegar às regras do discurso. Há quatro possíveis (ALEXY. 2001, p. 181-182).

Já antecipa a necessidade de algumas regras de justificação, que chamará de regras e formas do discurso prático geral, para só posteriormente transpô-la para o discurso jurídico. A essas regras chamou de código de razão prática, que seria uma “sinopse e uma formulação explícita de todas as regras e formas de argumentação prática racional parcialmente mencionadas e parcialmente apenas esporadicamente sujeitas à análise em tantos textos escritos” (Ibidem, p. 186).

Apresenta então as regras que definiriam o discurso prático, sendo as primeiras chamadas de regras básicas, como uma “condição prévia da possibilidade de toda comunicação linguística que dá origem a qualquer questão sobre a verdade ou a correção” (Ibidem, p. 187). São as seguintes regras:

- 1.1 Nenhum orador pode se contradizer.
- 1.2 Todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê.

1.3 Todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes.

1.4 Diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados (Ibidem, p. 187).

Junto a esse grupo de regras básicas Alexy vai apresentar mais dois grupos de regras. As que ele chama de regra de racionalidade que tratam de justificação das afirmações.

Quem faz uma afirmação não só quer expressar uma crença de que algo é o caso mas também exige implicitamente que o que está sendo dito possa ser justificado, isto é, ser verdadeiro ou correto. Isso se aplica igualmente às afirmações normativas e não normativas (Ibidem, 189).

Assim o segundo grupo de regra de racionalidade são as seguintes:

2.1 Qualquer pessoa que possa falar pode participar de um discurso.

2.2 (a) Todos podem transformar uma afirmação num problema.

(b) Todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso.

(c) Todos podem expressar suas atitudes, desejos e necessidades.

(d) é importante particularmente no discurso prático. Finalmente, a terceira regra tem a tarefa de proteger o discurso da coerção. Ela estipula que:

2.3 Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos em (2.1) e (2.2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso (Ibidem, p. 190).

O terceiro grupo de regras que Alexy vai nominar de regras para partilhar a carga da argumentação está relacionado ao ônus de justificar, são elas:

3.1 Quem se propõe a tratar a pessoa A diferentemente da pessoa B é obrigado a dar justificação por fazer isso.

3.2 Quem ataca uma afirmação ou norma que não sujeito da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso.

3.3. Quem apresentou um argumento só é obrigado a apresentar outros no caso de surgirem argumentos contrários.

3.4 Quem introduz uma afirmação ou faz uma manifestação sobre suas atitudes, desejos e necessidades num discurso, que não vale como um argumento em relação a uma manifestação anterior, precisa justificar a interjeição quando lhe pedirem para fazê-lo (Ibidem, p. 192-194).

De ver-se, que as regras para argumentação de Alexy em muito se assemelham com alguns dos princípios e leis do discurso⁵³, que nos apresentam Ducrot, Grice, Dascal e outros. Mas também podemos identificar a regra do dever de prova exigida por Viehweg.

⁵³ Remetemos ao Capítulo IV, quando iniciamos o tratamento do Discurso e em especial o item 5.2, quando abordamos os Elementos do discurso e funções pragmáticas: Leis do discurso.

Um passo interessante é a introdução por Alexy de regras que regulam as formas de argumentação, na qual radicaliza, de certa forma, a regra contida na regra 1.3 com um imperativo de reflexividade guarda semelhança de outro que está na base do imperativo categórico Kantiano⁵⁴.

Essa união de *universalidade* e *reflexividade*, que também se encontra no pensamento de Habermas, é que converte a *validade* do argumento na possibilidade ideal de uma *aceitabilidade* por parte de todos os envolvidos, o que envolve regras que garantam a reflexividade, de modo todo falante aplique a si mesmo as consequências da sua argumentação, a universalidade, de modo que a todos sejam aceitáveis as consequências particulares de um argumento (COSTA, p. 222, grifos do autor).

Em seguida Alexy apresenta o plexo de regras que tratam das concepções morais racionalmente justificadas e as chamadas de transição. É importante colacionarmos tais regras:

5.1.1 Quem fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas.

5.1.2 As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um e de todos indivíduos precisam ser aceitáveis para todos.

5.1.3 Toda regra tem de ser aberta e deve poder ser universalmente ensinada.

5.2.1 As regras morais que subjazem a visão moral de um orador devem ser capazes de suportar o teste crítico em termos de sua gênese histórica. Uma regra moral não pode passar no teste se:

(a) embora originalmente passível de justificação racional, ela tenha nesse ínterim perdido sua justificação, ou

(b) se não era originalmente passível de justificação racional e não foram descoberto novos motivos nesse ínterim.

5.3 Os limites realmente dados de possibilidade de realização devem ser levados em conta (Ibidem, p. 197-199).

E as regras de transição:

6.1 É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso teórico (empírico).

6.2 É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso linguístico analítico.

6.3 É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso-teórico-discurso (Ibidem, p. 200).

Mesmo que se faça a utilização de todas as regras estipuladas e as formas de argumentos propostas por Alexy, alcançar o acordo e concordância não é uma garantia.

⁵⁴ Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70. 1995, p. 93 e segs.

A observação das regras estipuladas e a utilização das formas de argumento descritas na verdade aumentam a probabilidade de alcançar acordo em assuntos práticos, mas não garantem que a concordância seja alcançada em todo assunto nem que o acordo obtido seja final e irreversível.

É certo, no entanto que tais regras podem possibilitar tal entendimento.

Em seguida, Alexy prepara para ingressar em um campo de grande interesse e dificuldade e começa com a seguinte afirmação:

Nas instâncias em que duas afirmações normativas ou regras incompatíveis podem ser justificadas sem violar nenhuma das regras de discurso, podemos falar em *possibilidade discursiva*. Esta situação por sua vez, pode ser tema do discurso prático. Nesses discursos, se justificam as regras que tornam possível decidir entre duas soluções incompatíveis e discursivamente possíveis. Exemplos dessas regras são as regras da legislação parlamentar baseadas no princípio da representação e do princípio da maioria. Regras como estas, bem como aquelas regras legais estabelecidas por procedimentos governados por elas, são necessárias e até esse ponto razoáveis, porque há limites à possibilidade de chegar a soluções exigentes no discurso prático (Ibidem, p. 201).

Prepara para a distinção da argumentação em dois planos distintos. No primeiro, nominado por ele de justificação interna, vamos encontrar a obediência a critérios gerais da lógica deôntica, guardando especial atenção ao processo de construção do silogismo (Ibidem, 218-224).

A justificação externa está ligada basicamente às justificativas das premissas que caracterizam como jurídico o discurso jurídico e entre as diversas distingue as seguintes: “(1) regras da lei positiva, (2) afirmações empíricas e (3) premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva” (Idem, p. 224). A cada tipo diferente de premissas, há diferentes métodos de justificação. “A justificação de uma regra como regra da lei positiva ocorre mostrando-se que atende os critérios de validade da ordem jurídica” (Ibidem, p. 224-225).

Apresenta grupos de regras e formas de justificação externa:

Regras e formas de (1) interpretação, (2) argumentação dogmática, (3) uso de precedentes, (4) argumentação geral prática, (5) argumentação empírica e (6) as assim chamadas formas especiais de argumentos jurídicos. Se desejarmos caracterizar esses grupos por meio de uma palavra apenas escolheríamos as seguintes: (1) estatuto, (2) dogmática, (3) precedente, (4) razão, (5) fatos, e (6) formas especiais de argumentos jurídicos (Ibidem, p. 225).

Resgata a análise dos cânones de interpretação por muitos taxado de combalidos e até mesmo enterrado definitivamente, especialmente para a hipótese da intenção legislativa⁵⁵. Assim, deixou registrado Alexy:

(2) O *argumento genético* está em pauta quando uma interpretação R' de R é justificada ao se dizer que essa interpretação corresponde à intenção do legislador. Duas formas básicas de argumento genético podem ser distinguidas. A primeira forma básica ocorre quando se diz que $I_w^R = R'$ era o que o legislador pretendia diretamente; a segunda surge quando se afirma que o legislador adotou R como um meio de atingir os objetivos $Z_1, Z_2, \dots, Z_n$ na combinação $K ([Z_1, Z_2, \dots, Z_n]K)$, e que a validade de R na interpretação I_w^R é necessária a fim de resultar em $(Z_1, Z_2, \dots, Z_n) K$ é abreviado para Z , as duas formas de argumento têm a seguinte estrutura:

(J.4.1) (1) $R' (=I_w^R)$ é pretendido pelo legislador.

(2) R'

(J.4.2) (1) R é, para o legislador, um meio de chegar a Z

(2) $\neg R' (=I_w^R) \rightarrow \neg Z$

(3) R'

R' não segue logicamente da (s) premissa (s) citadas em J.4.1) ou (J.4.2). (J.4.1) requer outra premissa ou regra de inferência com um conteúdo algo semelhante ao seguinte:

(a) O fato de o legislador querer R com a intenção de que ele seja interpretado segundo W ($I_w^R = R'$) é uma razão da validade de R' ,

De grande interesse são as pressupostas premissas ou regras de inferências de (J.4.2):

(b) O fato de o legislador querer R como meio de chegar a Z é um motivo para sustentar que é obrigatório aplicar R de tal modo a realizar Z .

(c) Se é obrigatório realizar Z , então quaisquer meios que sejam necessários para a realização de Z são obrigatórios também.

(a) e (b) receberam uma formulação muito fraca. A intenção do legislador é somente *uma* razão para a interpretação. Isso possibilita a apresentação de razões contrárias. A razão de inferência (c) é de grande interesse (Ibidem, p. 229-230).

Há aqui, na teoria de Robert Alexy um claro passo no sentido da hermenêutica tradicional, e nesse passo Alexy é severamente criticado por diversos autores, diferentemente do que propomos a partir do capítulo VIII. Apesar de colacionarmos apenas a questão do legislador histórico, o autor apresenta uma verdadeira precedência de hierarquia entre os vários tipos de argumentos (p. 231 e segs.).

Atribuir a decisão à racionalidade dos participantes no argumento não significa que a determinação do relacionamento entre os cânones sempre seja aberta e tenha de ser realmente analisada de novo em cada caso. Os participantes do discurso têm de determinar pesos a serem atribuídos à várias formas de argumentos em vários contextos de interpretação. Os pesos que assinalam, desde que sejam bem

⁵⁵ Conforme observação que deixamos registrado no Capítulo VIII, para remetemos o leitor.

fundamentados, são válidos não só para o caso em discussão, mas também para qualquer outro caso que seja semelhante em seus aspectos relevantes (Ibidem, 239-240).

Um dos pontos de maior destaque em Alexy é a dogmática jurídica que na sua visão é formada de (1) proposições que (2) que se relacionam com normas atuadas e não com as *rationes decidendi*, (3) formam um todo inter-relacionado coerente, (4) as suas proposições são compostas, justificadas, e testadas no contexto de uma *ciência jurídica institucionalmente organizada* e (5) tem conteúdo normativo (Ibidem, p. 244-245, grifos do autor).

No que diz respeito à funções da dogmática jurídica, Alexy vai formular a questão:

Não há algo a dizer sobre o ponto de vista de que nas justificações jurídicas, a parte das normas jurídicas, das afirmações empíricas e de algumas formas de argumentos que servem para aplicação dessas normas, só os argumentos práticos gerais são de importância? (Ibidem, p. 253).

A esta pergunta apresente pelo menos seis funções (de valor estritamente positivo):

1) de estabilização – que fixa durante longos períodos de tempo determinadas decisões; 2) de progresso – que envolve a expansão da discussão jurídica quanto a tempo, tópicos e pessoas; 3) de redução de encargos – que não é preciso voltar a discutir tudo a cada vez, sem motivo especial; 4) de técnica – a apresentação unificada e sistemática da matéria serve como informação e promove o ensino e a capacidade de transmissão; 5) de controle – que ao permitir decidir casos, referindo-os aos já decididos e aos por decidir, acrescenta a eficácia do princípio da universalidade e da justiça; 6) de heurística – que as dogmáticas contêm modelos de solução e sugerem novas perguntas e respostas (Ibidem, p. 253-257).

Atienza analisa tal situação utilizando o próprio Alexy para afirmar:

As regras da argumentação dogmática, formuladas por Alexy, referem-se: à necessidade de fundamentar os enunciados dogmáticos, em último caso, em enunciados práticos de tipo geral; à possibilidade de que enunciados dogmáticos sejam comprovados sistematicamente, tanto em sentido estrito (tenta-se ver se o enunciado se ajusta aos enunciados dogmáticos já aceitos e às normas jurídicas e às normas jurídicas vigentes) quanto em sentido amplo (nesse caso, se tentaria ver se as decisões a fundamentar com a ajuda de enunciados dogmáticos e normas jurídicas, são compatíveis entre si, segundo pontos de vista práticos de tipo geral); e à necessidade de utilizar argumentos dogmáticos, uma vez que seu uso não só não contradiz os princípios da teoria do discurso, como também é “um tipo de argumentação exigido por esta no contexto especial do discurso jurídico (Alexy, 1978^a, pág. 261) (2002, p. 261).

Alexy vai afirmar ainda:

O caráter da aplicação da dogmática jurídica, naturalmente, é virado de cabeça para baixo assim que não é mais usado como um ‘instrumento para determinação do direito em questões de razão prática ou moralidade’. Esse é particularmente o caso quando dogmáticas jurídicas são usadas para ocultar as verdadeiras razões de uma

decisão ou para prover programas autônomos para a tomada de decisões. É indiscutível que essa má aplicação do argumento da dogmática jurídica é possível. A medida em que ocorre é uma questão para investigação empírica. Que isso aconteça não é nada notável. Justificação ilusória e pedidos de perguntas (*petitio principii*) ocorrem em geral na argumentação prática também. O ponto de interesse atual é que é tão justo quanto possível que a argumentação dogmática seja racional quanto a ser enganadora (ibidem, p. 257).

Partamos agora para um breve estudo a respeito das regras sobre o uso dos precedentes. A utilização do precedente está em perfeita harmonia com a argumentação dogmática e é justificável do ponto de vista da teoria do discurso, pois no campo do discursivamente “possível não poderia ser preenchido com decisões mutáveis e incompatíveis entre si; o uso do precedente significa aplicar uma norma e, nesse sentido, é mais uma extensão do princípio da universalidade” (ATIENZA. 2002, p.261). Apesar de ser obrigatória a utilização do precedente, quem se afasta dele atrai para si a carga de argumentação. Alexy apresenta duas regras para utilização do precedente:

(J. 13) Se um precedente pode ser citado a favor ou contra uma decisão ele deve ser citado.

(J.14) Quem desejar partir de um precedente fica com o encargo do argumento.

4.2 FORMAS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIAIS.

Alexy procura definir o que chama de formas especiais de argumento jurídico como aquelas “formas de argumento com as quais se lida na metodologia jurídica como a analogia, *argumentum* e contrario, *argumentum a fortiori*, e *argumentum ad absurdum*” (2001, p. 262, grifos do autor). Eles são representados assim:

Contrario:

- (J.15) .(1) (x) (OGx $\rightarrow$ Fx)
(2) (x) ($\neg$ Fx $\rightarrow$ $\neg$ OGx)

Analogia:

- (J.16) .(1) (x) (Fx $\vee$ F sim x $\rightarrow$ OGx)
(2) (x) (Hx $\rightarrow$ F sim x)
(3) (x) (Hx $\rightarrow$ OGx) (1), (2)

Redução ao absurdo:

- (J.17) .(1) $O \rightarrow Z$
 (2) $R' \rightarrow Z$
 (3) $\neg R'$

E Alexy vai destacar que “(J.15) é uma forma de inferência lógica válida, (J.16) é requerida pelo princípio de universalização, e (J.17) é um caso de levar em consideração as consequências” (Ibidem, p. 265).

Atienza faz a seguinte observação:

Por outro lado, e do mesmo modo como ocorria com os cânones da interpretação, o uso dessas formas só é racional na medida em que elas sejam saturadas e que os enunciados inseridos para a saturação possam ser fundamentados no discurso jurídico. Por exemplo, com relação à forma do argumento por analogia, a premissa 1) se fundamenta a partir da norma expressa na lei que se poderia formular assim: $(x) (Fx \rightarrow OGx)$ e de uma regra que, por sua vez, pode ser considerada um caso especial do princípio da universalidade (2002, p. 263).

E o princípio da universalidade, conforme foi exposto acima, os casos concretos que são semelhantes do ponto de vista jurídico devem ter as mesmas consequências jurídicas.

É possível utilizar a seguinte regra de inferência para o uso das formas apresentadas acima:

(J.18) Formas especiais de argumento jurídico têm de ter razões para serem afirmados plenamente, isto é, devem alcançar a saturação.

4.3 DISCURSO JURÍDICO E PRÁTICO GERAL.

Um dos pontos mais controversos da obra de Alexy diz respeito à distinção e a utilização do discurso prático geral e jurídico. E ele abre a discussão do presente tópico salientando os vínculos do discurso jurídico com o discurso prático geral, ressaltando quatro aspectos desse vínculo:

- (1) A necessidade do discurso jurídico do ponto de vista da natureza do discurso prático geral, (2) a correspondência parcial na exigência da correção, (3) a correspondência estrutural entre regras e formas do discurso jurídico e aquelas do

discurso prático geral e (4) a necessidade de argumentação prática geral no contexto da argumentação da argumentação jurídica (2001, p. 267).

Chama a atenção da necessidade do discurso jurídico o qual surge a partir da fraqueza das regras e formas do discurso prático geral. Aponta essa fraqueza no fato de tais regras e formas definirem um procedimento de decisão que em muitos casos não leva a nenhum resultado e que não pode garantir com certeza conclusiva o resultado quando leva a ele (Idem, p. 267). Apresenta três razões para tal fraqueza:

(1) As regras do discurso não estipulam que premissas normativas devem constituir o ponto de partida para qualquer discurso. As atuais convicções normativas, que muitas vezes são mutuamente inconsistentes, formam o ponto inicial do discurso. Visto que (2) nem todos os passos da argumentação estão fixados, e (3) há algumas regras do discurso que só podem ser satisfeitas parcialmente, sempre resta a possibilidade de não se chegar a acordo (Ibidem, p. 267-268).

Faz o seguinte acréscimo:

Diante desta situação e dada a verdadeira necessidade de uma decisão, é razoável, ou seja, justificável, no discurso prático, concordar com os procedimentos para limitar o alcance do que é discursivamente possível de um modo racional, da maneira que pudermos (Ibidem, p. 268).

Não passa despercebido o fato de que as normas jurídicas que emergem dos procedimentos legislativos não apresentam solução para todos os problemas. As razões mais comuns apresentadas estão relacionadas à incerteza da linguagem, os conflitos entre as normas, a solução de casos não previstos em normas legais e a possibilidade de tomada de decisão contrária à lei. Assim, na visão de Alexy, a introdução de formas e regras de argumentação jurídica e sua institucionalização “como ciência jurídica, integrando-as ao mesmo tempo no contexto dos precedentes” é racional. “Deste modo é possível reduzir o alcance de possibilidades discursivas na área da incerteza deixada pelas normas jurídicas” (Ibidem, p. 268).

FERREIRA em artigo no qual faz uma análise sobre o discurso jurídico e prática, ao comentar o pensamento de Alexy de destacar, sob seu ponto de vista, que o ponto central da sua teoria da argumentação diz respeito a fundamentar racionalmente as decisões judiciais, deixa a seguinte afirmação crítica:

Como se sabe, um dos únicos pontos sobre o qual existe acordo na metodologia jurídica contemporânea, é o de que a decisão jurídica, que põe fim a uma disputa, em muitos casos não deriva diretamente das normas jurídicas existentes, restando, assim, para aquele que decide, um campo de ação, dentro do qual tem que escolher entre várias soluções possíveis. Observe-se que, na base desta escolha, há sempre um *juízo de valor* (i. e. a alteração é eleita, por ser considerada a melhor). Daí, porque, nestas hipóteses, a *racionalidade* do discurso jurídico depende essencialmente de que estas valorações possam ser controladas.

Ora, como é possível se exercer efetivamente este controle?

Alexy defende que as valorações não implicam um campo livre (*do puro arbítrio*) para a manifestação de convicções subjetivas, por parte daquele que deve decidir o caso. Neste sentido, a questão da racionalidade da fundamentação jurídica está

ligada à possibilidade de se fundamentar racionalmente os juízos práticos em geral, um vez que a questão sobre a decisão correta em determinado caso se refere exatamente àquilo que é devido nesta situação (2006, p. 87-88).

Mas é Atienza quem desta os limites do discurso jurídico, na argumentação jurídica:

Uma solução que tenha sido alcançada respeitando-se as suas regras é uma solução racional, mas as regras não garantem que, em cada caso, se possa chegar a uma única resposta correta. Assim como ocorria no discurso prático geral, o discurso jurídico delimita também, junto com as esferas do discursivamente necessário e do discursivamente impossível, uma terceira, a do discursivamente possível: diante de um mesmo caso, as regras do discurso jurídico permitem que seus vários participantes cheguem a soluções incompatíveis entre si, mas racionais (isto é, fundamentadas discursivamente). Isso se deve, como já vimos, aos fatos de o discurso começar sobre a base das convicções faticamente existentes dos participantes, de nem todos os passos da argumentação estarem determinados e de algumas das regras do discurso só poderem ser satisfeitas de maneira aproximada. Nem sequer num discurso ideal, ou seja, num discurso em que os participantes cumprem plenamente as regras (o que quer dizer que o mesmo ocorre em condições de tempo ilimitado, participação ilimitada, ausência total de coação, absoluta clareza linguística e conceitual, informação empírica completa, capacidade e disponibilidade para a troca de papéis e ausência de preconceitos), seria possível assegurar que o discurso prático permite alcançar sempre um consenso, que dizer, uma única resposta; isso porque não se pode excluir – e nem tampouco afirmar – a existência, entre os participantes, de diferenças antropológicas que suponham um freio para o discurso e, conseqüentemente, excluam o consenso (cf. Alexy, 1988, pág. 29; 1989, pág. 301; 1988, pág. 151, e 1988b, pág. 62) (2002, p. 263-264).

A vinculação dos dois discursos apresentada leva à formulação da questão da necessidade de argumentação jurídica e o alcance de resultados se a argumentação jurídica depende da argumentação prática geral. E na formulação da resposta encontramos a seguinte afirmação:

Assim, a argumentação jurídica pode ser vista como uma forma especial de argumentação prática geral que é requerida por motivos práticos gerais, estruturalmente dependente de princípios práticos gerais e exigindo argumentação prática geral, e que ocorre em formas especiais, segundo regras especiais, e em condições especiais, sendo, portanto, particularmente poderosa e portanto, não redutível à argumentação prática geral (Ibidem, p. 271).

Acrescente-se que embora a argumentação jurídica ocorrer em formas especiais, observando regras e condições também especiais, mas dependente da argumentação prática geral, quer com isso dizer que “embora a fraqueza do discurso prático geral seja mitigada até grau considerável no discurso jurídico, ela nunca pode ser eliminada” (Ibidem, p. 272). Não busca equiparar a racionalidade com a certeza, pois sendo assim teria de renunciar à ideia de uma teoria de argumentação jurídica racional. Complementa a explicação ao acrescentar:

A explicação do conceito de argumentação jurídica racional neste exame consiste na apresentação de um número de regras que a argumentação tem de seguir e de um número de formas que a argumentação tem de assumir, se é para tornar boa a exigência implícita nela. Quando uma discussão está de acordo com estas regras e formas, então o resultado oferecido por ela pode ser chamada ‘correto’. As regras e formas do discurso jurídico assim constituem um critério para a correção das decisões jurídicas (Ibidem, p. 273).

Podemos concluir que a pretensão de correção apresentada para o discurso jurídico é uma pretensão limitada e relativa aos participantes do discurso jurídico.

Resumindo, a pretensão de correção que propõe no discurso jurídico é uma pretensão não só *limitada*, no sentido de que se efetua sob as exigências assinaladas pela lei, a dogmática e os precedentes (e, em geral, sob os limites das regras do discurso jurídico), como também *relativa* aos participantes do discurso (no sentido de que o resultado depende deles, e, portanto, de suas convicções normativas), a um determinado momento temporal (o resultado do discurso pode ser diferente no tempo t_1 e no tempo t_2), e além disso, o procedimento não pode, na maioria dos casos, ser realizado na prática (cf. Alexy, 1985b, págs. 47 e segs.; 1988c, págs. 27 e segs.; 1988b, págs. 61-2) (Ibidem, p. 264-265).

Essas observações a respeito da distinção do discurso jurídico e prático levado a efeito por Alexy é são alvo das mais duras críticas experimentadas pelo pensador alemão.

4.4 PRINCÍPAIS CONJUNTOS DE CRÍTICAS À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ALEXY.

As críticas dirigidas à teoria da argumentação de Alexy são basicamente de dois tipos, conforme a sistematiza elaborada pelo próprio autor: “As do primeiro grupo se voltam contra a teoria do discurso como tal, as do segundo contra a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral, contra, portanto, a tese do caso especial” (2001, p. 301).

4.4.1 CRÍTICAS À TEORIA DO DISCURSO GERAL.

Com o título inicial de concepção procedural da correção prática, Alexy discorre longamente rebatendo as críticas entabuladas. Algumas delas visam por em dúvida a aplicabilidade ou utilidade da teoria. Preferimos, nesse passo, com Atienza, por em evidência as seguintes perspectivas críticas do discurso, e que se referem:

À ideia de que a verdade ou a correção dos enunciados seja algo a estabelecer num procedimento – o do discurso racional; à ideia de que a fundamentação de enunciados teóricos e – sobretudo – práticos implique essencialmente um processo

comunicativo ou dialógico; à ênfase que a concepção discursiva põe na noção de consenso; e à fundamentação das regras do discurso racional (2002, p. 270).

Vamos buscar, mais uma vez, em Atienza o cerne da crítica elaborada por Weinberger sobre o caráter do procedimento da teoria da verdade ou da correção.

Na opinião dele, o discurso tem um papel importante no contexto da descoberta, mas, no contexto da justificação, o que conta não são as opiniões subjetivas dos participantes de uma discussão, e sim a verdade objetiva; não o fato de que seja razões aceitas por consenso (o consenso pode ser o resultado, mas não a causa de uma teoria estar justificada), mas sim que se trate de “boas razões” (Ibidem, p. 271).

Alexy contra-argumenta (2001, p. 301 e ss.) buscando demonstrar a semelhança entre a concepção de racionalidade dele e Weinberger, a diferença básica estaria no fato de deste último ser um não-cognoscitivista em questões práticas e afirma textualmente:

Isso é consequente diante de seu conceito de racionalidade. Onde nem a análise lógica nem a experiência levam a uma decisão, só resta um julgamento. A teoria do discurso tenta tornar a argumentação racional acessível tanto quanto possível também no âmbito específico dos julgamentos de valor (Ibidem, p. 303).

Não se vai aqui ingressar no campo mais aprofundado das críticas e discussões sobre a correção e o consenso, por fugir em demasia ao objeto proposto na presente pesquisa, mas é apenas para dar a conhecer a crítica efetuada a contra-argumentação estabelecida pelo autor.

Outro ponto que foi objeto de crítica e que deve ser dado a conhecer, ainda que superficial, é o caráter comunicativo da fundamentação dos enunciados práticos efetuada por Tugendhat a Habermas e a Alexy.

No sentido de que a fundamentação dos enunciados práticos (e a dos teóricos muito mais) não implica, de maneira essencial, um processo comunicativo ou dialógico, está ligada também à objeção anterior de não levar em conta o aspecto não-racional e volitivo do discurso real exigido pela moral (cf. Tugendhat, 1988, pág. 139) (ATIENZA. 2001, p. 274-275).

Atienza transcreve trecho do próprio autor para determinar que a crítica repousa na distinção entre regras semânticas e pragmáticas que nem Habermas nem Alexy teriam levado em conta.

Para evitar confusões proponho chamar de regras semânticas as regras que determinam aquele uso de uma oração, no qual é indiferente que esta seja ou não seja utilizada comunicativamente, e regras pragmáticas aquelas que é preciso observar numa comunicação, além das semânticas (*ibid.*, pág. 126) (Ibidem, p. 275).

Atienza apresenta a réplica de Habermas sustentada na obra consciência moral e ação comunicativa.

Outro ponto que é objeto de crítica diz respeito aos limites do consenso tratado na teoria de Habermas e entabulada por Javier Muguerza, como nos informa Atienza, na qual

“recrimina à mesma o fato de ter enfatizado excessivamente a importância do consenso, esquecendo-se - ou pelo menos não prestando a devida atenção – dos fenômenos de desacordo” (Ibidem, p. 280). Tal formulação tem por fundamento sua proposição da concórdia discorde, a qual estaria apta a incorporar:

Fenômenos de luta de classes, como greves, mobilizações contra a guerra, a radiação nuclear, desemprego ou a opressão da mulher, que não podem ser simplesmente substituídos pela argumentação e tampouco devem ser vistos apenas como ações estratégicas (como, da perspectiva habermasiana, aparentemente se teria de fazer), mas também como um “diálogo iniciado”. “A concórdia discorde encerra, assim, uma visão da comunidade de comunicação é incompatível, como tal, com a discórdia absoluta e a ausência de diálogo. Mas tampouco tem por missão a instauração da concórdia absoluta. E, de fato, é-lhe tão imprescindível incorporar fatores de discórdia, tais como a luta de classes e outros tipos de conflito, quanto excluir de seu interior qualquer gênero de consenso que suponha uniformização dos indivíduos e, em suma, a anulação da individualidade” (*ibid.*, pág. 330) (Ibidem, p. 282).

A última linha crítica feita ao discurso em geral diz respeito à fundamentação das suas regras. Alexy apresenta os modos de justificação (técnico, empírico, definicional e pragmático-universal) e, por outro lado diz como devem ser utilizados. Menciona, também um possível modelo de justificação das regras do discurso: o modelo dos princípios.

No modelo de princípio, é preciso distinguir três níveis: o das ideias, o dos princípios e o das regras. “A ideia geral de racionalidade prática se encontra no primeiro nível. No segundo se dá a essa ideia muito vaga uma interpretação mais precisa. Por meio dos princípios da racionalidade prática. No terceiro nível, por fim, os princípios relativamente vagos e que, muitas vezes, entram em colisão entre si e definem e se coordenam num sistema de regras (Aarnio-Alexy-Peczenik, 1981, pág. 266) (Ibidem, p. 284).

Prossegue Atienza:

A teoria do discurso prático geral – a ideia de racionalidade – pode ser descrita integralmente por meio de seis princípios. Todas as regras do discurso prático geral – as 22 regras e seis formas de argumento – podem ser atribuídas a um – ou a mais de um – dos seguintes princípios: o princípio da *coerência* ou da não-contradição; o princípio da *eficiência*, que se refere, por um lado, à eficiência da comunicação que ocorre no discurso e, por outro, a eficiência das propostas normativas efetuadas durante o discurso; o princípio da *contrastabilidade* (*testability*); o princípio da *coerência*, segundo o qual a conexão entre os enunciados e as teorias deve ser tão abrangente e coesiva (unitária) quanto seja possível; o princípio da *generalidade*; e o princípio da *sinceridade* (Ibidem, p. 284-285).

Não deixa, porém, claro se esses dois modelos são articulados, ainda segundo Manuel Atienza.

4.4.2 CRÍTICAS À TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO.

O segundo grupo de críticas, conforme afirmamos acima, são dirigidas ao discurso jurídico, especialmente à tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático.

Alexy parte para a refutação das críticas empreendidas especialmente por Neumann, sem reproduzi-las, mesmo que parcialmente para um melhor posicionamento, assim transcrevemos a seguinte passagem de Atienza:

Do ponto de vista conceitual, a primeira crítica que se pode fazer à tese do caso especial é que ela é ambígua e por partida dobrada. Uma primeira ambiguidade deriva do fato de a ênfase da tese poder ser posta ou na circunstância de que o discurso jurídico seja um *caso* do discurso prático geral, o que destaca o caráter racional da argumentação jurídica, sua proximidade em relação ao discurso moral, ou então no fato de que se trata de um caso *especial*, o resalta as deficiências de racionalidade do discurso jurídico (cf. Neumann, 1986, págs. 90-1) (2002, p. 288-289).

Há ainda um segundo tipo de ambiguidade consistente na falta de clareza do que vem a ser argumentação jurídica ou discurso jurídico par Alexy:

Em sentido estrito, o discurso jurídico seria um procedimento não-institucionalizado que se situa entre o procedimento de estabelecimento estatal do Direito e o processo judicial; em sentido amplo, também se argumenta juridicamente no contexto desses últimos procedimentos, embora Alexy reconheça que, neles, não só é questão de argumentar como também de decidir. E aqui, a propósito do que chamei de “discurso jurídico em sentido estrito” (e que Alexy chama de “discurso jurídico como tal” (1989a, pág. 312), surge de novo, uma certa ambiguidade. Por um lado Alexy indica que esse – o discurso jurídico como tal – é um tipo de procedimento não-institucionalizado (para ele isso significa – é preciso lembrar – que não está regulado por normas jurídicas que assegurem a chegada a um resultado definitivo e que seja, além disso, obrigatório, o que faz pensar que com isso ele está se referindo basicamente à argumentação da dogmática jurídica). Mas por outro lado, quando Alexy contrapõe o “discurso jurídico como tal” ao discurso no processo judicial (*IBID.*), ele inclui, nesse último item, as argumentações que *as partes* do processo empreendem, ao passo que a argumentação levada a afeito pelo juiz pertenceria ao primeiro contexto (que – lembre-se – ele havia caracterizado como “não-institucionalizado” (*Ibidem*, p. 289).

Ferreira nos informa da discussão travada entre Alexy e Habermas sobre a temática da tese do caso especial defendido pelo primeiro.

Observe-se que o fato de se pensar o discurso jurídico como um caso especial de discurso prático geral, conduz, aparentemente, a uma dificuldade, uma vez que as *decisões jurídicas não pretendem estar justificadas em sentidos absoluto e universal*, mas apenas dentro do marco de determinado sistema jurídico particular, o que poderia, em princípio, desqualificar a tese do “caso especial” (*Sonderfallthese*), defendida por Alexy (2006, p. 89).

Prossegue já com a informação de Habermas:

Apesar de inicialmente concordar com esta tese de Alexy (*Sonderfallthese*), Habermas modificou seu entendimento, conforme se constat da leitura de algumas passagens específicas de duas de suas obras: a “*Theorie des Kommunikativen Handelns-Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*” e “Direito e Democracia entre a Facticidade e Validade” (Ibidem, p. 89).

Acreditamos que com tais apontamentos indicamos os fundamentos básicos e as críticas estabelecidas para a teoria de Robert Alexy. Tais ideias desenvolvidas pelo jusfilósofo alemão em nada nos impede de manter a concepção teórica adotada, até porque, o fazemos também criticamente.

Passemos, portanto, à análise dos principais pontos do discurso.

Capítulo V

O Discurso.

Na continuidade do tratamento dos conceitos apresentados na investigação até aqui exposta, tomaremos, mais uma vez, as noções apresentadas nos capítulos anteriores e passaremos a uma análise, ainda que breve, sobre o discurso tomando-o do ponto de vista da Pragmática. Desta forma revisitaremos questões postas sobre o discurso e situação comunicativa; os elementos do discurso enquanto discussão e suas funções pragmáticas; as modalidades do discurso, com ênfase na distinção entre o dialógico e monológico. A discussão não se limitará a reproduzir as ideias apresentadas em especial pelo professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, mas analisá-las e discuti-las sob o ponto de vista teórico no atual desenvolvimento do direito.

Passemos à tarefa, então, "tout court".

5.1 DISCURSO E SITUAÇÃO COMUNICATIVA.

Já não é sem tempo que a cultura ocidental "concebe ou nos leva a conceber o discurso como um fenômeno intersubjetivo específico"(FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 3). Identifica-se no discurso uma ação, um ato entre homens. Uma ação linguística, qual seja, "ação dirigida a outros homens, em oposição ao mero agir"⁵⁶ (Idem, ibidem, p. 3). Como exposto no capítulo II, todo discurso dirige-se a um auditório, sendo este o ponto central da

⁵⁶ No mesmo sentido é a observação feita pelo professor da Universidade Paris Nord, a qual transcrevemos: Todo sujeito falante (locutor) ocupa o centro de uma *situação de comunicação* que constitui um *espaço de troca* no qual ele se põe *em relação* com um parceiro (interlocutor). CHARAUDEAU, Patrick. **Linguagem e discurso: modos de organização**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 70, grifos no original.

retórica. Pois um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer⁵⁷, como nos alerta Perelman e Tyteca (2002). É, portanto, uma ação que apela ao entendimento de outrem, como finalidade primordial.

O professor Ferraz Júnior chama a atenção para o fato de que todo ser humano está inserido num mundo linguisticamente articulado. E leciona:

O mundo, como nos diz a moderna filosofia da língua, não é um objeto (como o sol, a lua, o rio), nem a soma de todos os objetos, pois somente *no mundo* podemos delimitar um objeto em relação a outros, sem que o próprio *mundo* seja delimitável em confronto com outros objetos, pois isso significaria pensar o mundo junto com uma outra coisa que o circundasse. Essa propriedade do *mundo* (humano) em apontar para o infinito e, apesar disso, em atuar significativamente como finito, o que Husserl tentou captar com a imagem do "horizonte", leva-nos a vê-lo como uma palavra *sui generis* (sem *nome próprio*, nem *predicador*), aprendemos "sinsemanticamente"⁵⁸. Todo homem, nesse sentido, procura ajeitar-se no *mundo*, tentando adaptar-se às suas articulações, na medida, porém, em que dá ao mundo uma articulação. Achar-se inserido *no mundo* não significa, por isso, aceitar, sem questionar, uma articulação. O homem não *está*, apenas, *no mundo*, mas se orienta nele. Não assumimos pura e simplesmente comportamento aprendidos, sejam eles em termos de respeito a normas éticas, sociais ou jurídicas da tradição, mas pedimos a sua justificação. O homem não está diante da "realidade" como consciência "sem mundo", mas se ergue por meio da construção articulada do seu corpo e dos seus instintos herdados sobre um "mundo circundante", o qual ele, ao *falar*, transforma no *seu mundo*, articulado de modo infinitamente mais rico, e que, apesar de tudo, futuramente, o cerca. Dizer que estamos *no mundo* significa, pois, que estamos situados dentro de uma possibilidade infinitamente atualizável: por toda a nossa vida, aprendemos uma série de hábitos linguísticos de vários tipos, como uma "língua" que sabemos e podemos usar, hábitos que, em diferentes combinações e modificações, são *efetivamente* (atualidade) repetidos (discurso). (1997, p. 3-4, grifos do autor).

Salienta a inconformidade em aceitar-se simplesmente o *mundo*, mas exige-se a sua justificação. "Quem deseja justificar aquilo que faz e que diz não despreza a necessidade de orientar-se no *mundo*: busca objetivos para o seu agir e razões para seu falar"(Ibidem, p. 4). Essa busca de objetivos e fundamentação é, mais uma vez, ação linguística, dirigida a outros homens, que poderão aceitá-la ou recusá-la, reconhecê-la ou pô-la em dúvida.

Apresenta-se, portanto, dois planos distintos da situação discursiva. O primeiro articulado em pergunta e resposta e o segundo como "ars bene dicendi". Delimita-se, desta

⁵⁷ Cf. SILVA, Roberto Carlos. **Racionalidade da ciência do Direito: Uma análise da Obra de Chaïm Perelman e Theodor Viehweg**. São Paulo: PUC. 2005.

⁵⁸ Como o próprio professor Ferraz Júnior chama a atenção, "Sinsemanticamente" quer dizer junto com a atribuição de predicadores a objetos. Encontramos a seguinte afirmação em Lorenz e Kamlah: Sie ist aber auch nicht selbst ein Gegenstand (da nur "inder Welt" Gegenstände durch Prädikatorenn ausgegrenzt werden), was ferner heisst: "Die Welt" ist Kein Eigennamen, obwohl sich dieses Wort "so anhört" (ähnlich nämlich wie "die Erde", "die Sonne"), sondern - ähnlich wie "Gegenstand" - ein Wort *sui generis*, dessen Gebrauch wir "synsemantic" einüben durch Sätze wie die in diesem Paragraphen ausgesprochenen. KAMALAH, Wilhelm e LORENZEN, Paul. **Logische Propädeutik: Vorschule des Vernünftigen Redens**. 3 Auflage, unveränd. Nachdruck - Stuttgart; Weimar: Metzler, 1996, S. 49.

maneira, o campo de interesse à discussão fundamentante, "admitindo-se como ação linguística apenas aquela que pode ser entendida, isto é, aquela que pode ser ensinada e aprendida" (ibidem, p. 7). É importante reproduzir integralmente a exposição sobre o primeiro plano.

Num primeiro plano, todo discurso se revela como uma discussão, entendendo-se por discussão a ação linguística cujo modelo primário se resume na articulação do ato de perguntar e no ato de responder. O homem não age e tem um comportamento qualquer; não age e reage pura e simplesmente, mas se detém, a fim de tornar presente, discursivamente, um comportamento passado ou futuro. A esse momento de intelecção de algo acontecido ou planejamento de algo por acontecer, que envolve uma falta de segurança, denominamos *perguntar*. A *pergunta* representa, assim um não sentir-se seguro de sua própria ação e do seu próprio comportamento e, desse modo, a possibilidade de distinguir entre objetivos e consequências da sua própria ação, bem como entre discurso fundamentado e discurso não fundamentado. Ela permite, além disso, a distinção entre as diferentes possibilidades de agir, em termos de como se deve agir, como se tem de agir, como se quer agir etc. Uma pergunta, por sua vez, não se move num vácuo, mas se articula num *mundo* de justificações que entram em cena com pretensão de *autoridade*, isto é, capacidade e prontidão para exigir confiança (sustentabilidade), já na determinação de objetivos, já pela apresentação de fundamentos. A esse momento da *sustentabilidade* da própria ação e do próprio comportamento e, assim, da possibilidade de fixação de objetivos e consequências do próprio agir, bem como do discurso na sua fundamentação, denominamos *resposta* (Idem, p. 5, grifos do autor).

O segundo plano da situação discursiva (Redesituation) é consequência do modelo primário articulado em perguntas e respostas.

Saliente-se que a simplicidade apresentada por este modelo abriga, por mais que pareça um paradoxo, uma complexidade, vez que uma discussão não se resume no questionamento de objetivos e fundamentos, para os quais há uma obrigação de justificativa, mas envolve o questionamento das justificações. Apresenta-se aí, a repetição do modelo pergunta-resposta em relação à própria justificação. Desta forma, impõe-se no primeiro plano - discussão de primeiro grau - a apresentação de objetivos e fundamentos, no segundo plano - discussão de segundo grau - os objetivos e fundamentos são de novo questionados, surgindo daí a exigência de bons objetivos e fundamentos verdadeiros. É nesse segundo plano que é introduzido o discurso como "ars bene dicendi".

Para o entendimento do segundo grau da discussão, é preciso a aproximação e inclusão do conceito de reflexividade:

O conceito de "reflexividade" não deve ser tomado aqui no sentido da lógica formal - uma relação *R* se chama, nesse sentido, reflexiva quando *x* tem a relação *R* consigo mesmo; por exemplo, a relação *idêntico a*, ou seja, como relação que satisfaz o pressuposto segundo o qual todo membro está para si mesmo na mesma relação que para um outro -, pois a identidade exata da relação reflexiva nos impediria de ver a reflexividade como um aumento de complexidade no interior do próprio discurso.

Reflexividade, nesses termos, é uma qualidade do discurso que resulta de uma ação que poderíamos chamar de *reflexão*. Como exemplo de reflexão, nos quadros da análise linguística, podemos citar a ação que Lorenzen e Kamlah denominam *abstração*. "Abstração", dizem eles, é uma ação que executamos quando distinguimos em uma palavra sua "forma sonora da sua significação". Ela ocorre quando passamos do "uso" de uma palavra - "isto é um cavalo" - para sua "menção" - "cavalo tem três sílabas" ou "cavalo é uma palavra portuguesa". Assim também podemos atribuir a um objeto qualquer o predicador "tango" e dizer: "isto é um tango". Quando dizemos, porém, "o tango é difícil", estamos fazendo uma asserção não sobre uma situação aqui e agora (ato), mas sobre um "esquema de ação" (potência). A passagem de uma "ação atual" para seu "esquema" é, de novo, uma "abstração". Isto quer dizer que "abstração" implica sempre um aumento de complexidade no interior da própria "língua", no sentido de que não apenas podemos *falá-la* mas, metalinguisticamente, falar sobre ela (Ibidem, p. 6, grifo do autor).

A reflexividade apresentada manifesta-se na discussão, buscando uma justificação para os objetivos e fundamentos apresentados no próprio discurso. Visa, desta forma, testar a sua condição de sustentabilidade, apresentando, portanto, uma nova discussão que possua por tema a justificação fornecida. "Voltando à discussão sobre a própria discussão é possível captá-la, na sua reflexividade, como um processo de argumentação", significando, "captar o ato de persuadir e de convencer"(Ibidem, p. 7).

Como afirmamos acima, com tal raciocínio há delimitação do campo de interesse. Fixa-se, assim, no discurso como discussão fundamentante. É como nos lembra VIEHWEG em sua lição sempre atual:

Se fundamentar é necessariamente argumentar e contra-argumentar, então é uma atividade que só é possível se se *satisfazem determinados deveres de comunicação*. (...) O discurso fundamentante - assim pode-se dizer-se - significa formular afirmações que estão submetidas a um dever de defesa (*officium defensionis*) e que só se mantêm quando pode satisfazer este dever de defesa (1997, p. 169, grifo do autor).

O professor Ferraz Júnior salienta que a "discussão que se fundamenta, enquanto *discussão fundamentante*, admitindo-se como ação linguística apenas aquela que pode ser entendida", esclarecendo-se que é "aquela que pode ser ensinada e aprendida"(1997, p. 7, grifo do autor). Nessa concepção, a possibilidade "de comunicação é pressuposta e entendida como uma relação de dois sujeitos, o que supõe um desenvolvimento linguístico onde a estrutura sintática sujeito-predicado já ocorreu" (Idem, p. 7). Continua:

Nos termos dessa possibilidade, o processo de aprendizado é um pressuposto de própria ordem social, não apenas no sentido de um complexo de conhecimentos e de um conhecimento previsível de cada função social, mas também de uma capacidade, continuamente posta em uso, de estruturação e reestruturação, bem como de adaptação de vivências previsíveis (Ibidem).

É nesse relacionamento entre aprender e ensinar, no qual há um apelo explícito pelo entendimento, bem como à compreensão das ações de quem fala e de quem ouve é manifestada, é que se denomina de situação comunicativa.

É nessa situação que o discurso se dá como discussão fundamentante, onde aparece a finalidade do entendimento e, eventualmente, da persuasão e convencimento, o que significa que nem todo discurso implica uma justificação argumentada *efetivamente realizada*, significando, porém, que uma tal justificação pode sempre ser exigida, desde que aquele que fala pretenda aparecer com autoridade, e aquele que ouve a ponha em dúvida. Nesses termos, todo discurso, toda ação linguística envolve uma regra fundamental, que denominamos *dever de prova* (Idem, ibidem, p. 7, grifo do autor).

O direito vem tratando do dever de prova, ainda que de forma fragmentária, na teoria do ônus da prova, vinculando a violação do dever de demonstração com penalidades severas⁵⁹. Tomemos o seguinte ensinamento Viehweg:

Los deberes de aseveración y de prueba, así como también las consecuencias de su violación, han sido en el proceso judicial un medio indispensable para evitar decisiones *non-liquet*, si, por ejemplo, en un proceso civil, el demandante no puede satisfacer total o parcialmente su deber de probar el fundamento de su demanda porque las cuestiones de hecho quedan poco claras, esta situación del proceso conduce, sin embargo, a una decisión clara en la cuestión de derecho, es decir, al rechazo total o parcial de la demanda. (...) Todo jurista sabe que la *carga de la prueba decide gran parte de los procesos*. Pero esto significa que, *in praxis*, deciden reflexiones que pertenecen al marco de la *filosofía práctica* indicado más arriba. Esto puede verse con relativa facilidad desde la retórica y requiere nuevos análisis en un nuevo aspecto, que aquí no serán formulados (1997, p. 169-170, grifos do autor).

Sem qualquer sombra de dúvida, pode-se afirmar que o dever de prova é o centro ético e lógico da discussão. Não há discussão sem ônus da prova. Havendo o dever de dizer, há a correlação da obrigação de provar. E como centro ético da discussão essa obrigação-dever estabelece uma relação estruturada entre os componentes da discussão.

5.2 ELEMENTOS DO DISCURSO E FUNÇÕES PRAGMÁTICAS: LEIS DO DISCURSO.

⁵⁹ Artigos 282, 283, 284, 300, 302, dentre outros, do Código de Processo Civil. Acrescente a lição de CHIOVENDA: Se não se ministra a prova, ou não logra êxito, o efeito dessa falta de prova repercute sobre a parte que - segundo os princípios do ônus da prova - tinha o encargo de produzi-la. Essa parte perderá a causa. Isto prevalece, sobretudo, quanto à prova do autor: *actore non probante reus absolvitur*. Mesmo se a prova for insuficiente, deverá aplicar-se normalmente o mesmo princípio. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2000, p. 461. v. II. Ressalte-se, ainda, as diversas presunções existentes na temática do ônus da prova. Mas a ideia principal permanece: Como regra, o alegado deve ser provado, sob pena de perder a causa.

Das diversas possibilidades de abordagem dos elementos do discurso, enquanto discussão, e seu regramento, é de evidenciar-se a análise dos três elementos básicos identificados na comunicação, qual seja, o orador, o ouvinte e o objeto da discussão.

As chamadas leis do discurso, termo de DUCROT (1977), desempenham um papel considerável na interpretação dos enunciados e estabelece uma espécie de competência retórica-pragmática. Não se pode fazer comparação com as leis que cuidam da gramaticalidade das frases, mas de "uma espécie de código de bom comportamento dos interlocutores" (MAINGUENEAU, 1996, p. 115). São normas que supõe-se respeitadas quando se efetua uma discussão.

A respeito de tais regras não há uniformidade de tratamento entre os diversos autores. GRICE, por exemplo, faz com que todas as normas dependam de uma espécie de metaprincípio, o princípio da cooperação: "Que a sua contribuição para a conversação corresponda ao que é exigido de você, no estágio atingido por esta, através do objetivo ou da direção aceita do intercâmbio falado no qual você está envolvido" (1991, p. 26).

Tais regras foram duramente criticadas por postularem uma visão ilusionária de possível harmonia dos intercâmbios verbais. Leva a crer que os interlocutores colaboram para alcançarem o êxito de enunciações conformes a um ideal. Maingueneau destaca que:

Na realidade, não se trata de saber se, de fato, os locutores sempre respeitam essas regras mas de perceber que o intercâmbio verbal, como qualquer atividade social, repousa num "contrato" tácito (que varia evidentemente de acordo com os gêneros de discurso) (1996, p. 115-116).

Nessa concepção, podemos distinguir três princípios gerais e, pelo menos, três leis, o que fazemos apenas com o sentido ilustrativo no presente trabalho.

O primeiro deles é o princípio da cooperação. Conforme afirmado acima, GRICE (1991) apresenta-o como um metaprincípio. "Isso é compreensível já que ele se contenta em colocar que os sujeitos falantes que se comunicam se esforçam por não bloquear o intercâmbio, por fazer a atividade discursiva ter êxito" (Maingueneau, 1996, p. 117). O orador e o ouvinte reconhecem os direitos e os deveres vinculados à troca de mensagens (ou elaboração do intercâmbio).

O segundo é o principio da pertinência. Conforme salienta Maingueneau, alguns autores como D. Sperber e D. Wilson consideram-no como o axioma fundamental do intercâmbio verbal, afirmando:

De maneira muito intuitiva, um enunciado é tanto mais pertinente quanto com menos informação leva o ouvinte a enriquecer ou modificar ao máximo seus conhecimentos ou suas concepções. Em outras palavras, a pertinência pragmática de um enunciado é diretamente proporcional ao número de consequências pragmáticas que acarreta para o ouvinte e inversamente proporcional à riqueza de informação que ele contém. (1996, p. 118).

É conveniente esclarecer que os autores referidos, na metade dos anos oitenta, mais precisamente em 1986, lançaram sua teoria da pertinência, tomando uma perspectiva estritamente cognitivista, com a proposta de redução e modificação do aparato griceano. O ponto de partida foi a concepção da cognição humana como tendente à maximização da pertinência. Explicando melhor, à seleção e o processamento de estímulos que têm um maior impacto sobre o organismo com um esforço de processamento mínimo, denominando de Primeiro Princípio da Pertinência ou Princípio Cognitivo da Pertinência (CRUZ *in* DASCAL, 1999, p. 116). É importante transcrevermos a lição de Begoña Vicente Cruz como esclarecimento do princípio em estudo:

Sperber y Wilson tipifican tres tipos de efecto cognitivo: a) implicaciones contextuales (supuestos que el individuo deriva al combinar la nueva pieza de información con otras que ya poseía); b) reforzamientos o aumentos del grado de certeza que un individuo asigna a un supuesto; c) eliminaciones de supuestos que entran en contradicción con la nueva información. Un estímulo es tanto más pertinente cuantos más efectos cognitivos tiene para el individuo y cuanto menor es el esfuerzo que tiene que invertir para obtener dichos efectos (Idem, ibidem, p. 116).

E explica como se delinea o princípio da pertinência à atividade comunicativa:

Aplicado a la actividad comunicativa, el principio general toma una forma más precisa debido a la peculiaridad del estímulo que se procesa. A diferencia de otros estímulos, los que proceden de una intención comunicativa se distinguen por su carácter *ostensivo*, esto es, porque reclaman de forma abierta la atención de la audiencia y la dirigen hacia las intenciones del emisor. Dicho comportamiento modifica el *entorno cognitivo* de la audiencia y hace mutuamente manifiesta una intención doble por parte del emisor: la intención de informar de algo (*intención informativa*) y una intención, de segundo orden, de informar a la audiencia de su intención informativa (*intención comunicativa*). Podemos dar cuenta de la necesidad de este segundo tipo de intención para que podamos hablar de conducta comunicativa con el siguiente ejemplo. Imaginemos que quiero que mi nuevo compañero de despacho sepa que leo alemán (intención informativa). Puedo satisfacer mi intención de dos formas: una encubierta, por ejemplo dejando varios libros en alemán encima de mi mesa, o de forma abierta, mostrándole mi intención de informarle de que leo alemán, diciéndole "Leo alemán". Nótese que mientras que en el primer caso mi compañero tiene evidencia directa, más o menos certera, de que leo alemán, en el segundo no hay evidencia directa alguna de la información que se quiere transmitir, pero sí de que poseo una cierta intención informativa. En este caso, el reconocimiento de dicha intención por parte de mi compañero es fundamental para que mi intención informativa sea satisfecha. Nótese también que

en el primer caso, al no hacer ostensiva mi intención de comunicar algo, corro un riesgo mayor de fracasar: mi compañero puede no reparar en los libros, o en qué idioma están escritos, o pensar que están escritos en holandés, o incluso que no son míos (Idem, p. 116-117).

O terceiro e último princípio é o da sinceridade. Os interlocutores devem afirmar apenas o que consideram verdadeiro, só ordenar o que querem ver realizado, perguntar apenas o que esperam conhecer como resposta (MAINGUENEAU, 1996, p. 120-121). Há uma suposição de que os interlocutores aderem a suas palavras.

Dascal faz uma aproximação do princípio da sinceridade, nominando-o de princípio da veracidade e conceituando como aquele no qual "nos orienta a atribuir a Karl crenças e desejos que estão de acordo com os significados atribuídos por M às sentenças e com as intenções comunicativas 'normais' associadas ao uso dessas sentenças" (2006, p. 224). Traz interessante exemplo, a título de ilustração, o qual é oportuno transcrevermos:

Por exemplo, se M atribui a "lonlay!" o significado "um leão está presente", então A₀ deveria incluir, entre outras atitudes proposicionais, um desejo de não proferir "lonlay!", a não ser que um leão esteja presente, uma crença de que seus companheiros tem um desejo similar, uma crença que um leão está presente quase sempre quando ele ouve alguém proferir "lonlay!" (Idem, ibidem, p. 224)⁶⁰

Vê-se, porém, que a sinceridade não passa de uma espécie de regra do jogo, e não uma tese sobre a efetiva sinceridade dos sujeitos. Há uma oscilação entre uma concepção cínica desse princípio (não existe nem sinceridade, nem falta de sinceridade, mas sujeitos que dizem o que é necessário para serem integrados numa coletividade) e uma concepção psicológica ou ética (ser sincero é dizer o que pensa). Para nossa finalidade já deixamos acentuado que o dever de prova é o centro ético e lógico da discussão. Assim, o princípio da sinceridade é um elemento acessório, que não integra o cerne da discussão, devendo haver uma prioridade ao dever de prova como primordial à busca de uma racionalidade do discurso.

Ao lado dos princípios, que podemos afirmar serem muito gerais, é possível mencionar ao menos três leis⁶¹ do discurso mais específicas, que se referem ao conteúdo dos enunciados.

A primeira delas, é a lei da informatividade que é uma das mais utilizadas. O campo de aplicação desta lei é extremamente amplo, "pois exclui que se fale para não dizer nada" (MAINGUENEAU, 1996, p. 123). Essa lei impõe que, para que os enunciados transmitam

⁶⁰ A exposição refere-se às noções de interpretação radical e real, mas apresentamos como uma contribuição para a tentativa de identificação do princípio da sinceridade como elemento do discurso.

⁶¹ Para a finalidade do presente trabalho utilizamos a classificação apontada por Dominique Maingueneau, 2005.

informação, devem ser construídos a partir de informações que o emissor a quem se fala não conheça. Para Fiorin, parte-se da competência do falante, pois seria embaraçoso, contar à mesma pessoa o mesmo fato. “Todas as situações de comunicação que deveriam ser informativas e não o são soam um pouco estranhas” (1999, p. 34).

Já a lei da exaustividade exige que, sobre um dado tema, o enunciador apresente as informações mais fortes e marcantes do fato. “Não se pode, quando se quebrou um objeto, dizer apenas que ele caiu” (Ibidem, p. 34). Segundo o argumento de Fiorin, essa lei não diz respeito à informação simplesmente, mas à “taxa de informação” que se deve apresentar numa troca verbal. É possível observar que a lei de exaustividade está subordinada ao princípio da pertinência.

A terceira e última lei é de modalidade. Maingueneau afirma que "por ela são condenados os múltiplos tipos de obscuridade na expressão (frases complexas demais, elípticas, vocabulário ininteligível, titubeios, etc.)" (1996, p. 126).

Para nossa finalidade não ingressaremos na tematização mais aprofundada de tais princípios e leis, sendo suficiente a menção sobre eles, preferindo a abordagem dos elementos fundamentais da comunicação. Ressalte-se, que no decorrer do trabalho retomamos alguns dos conceitos de princípios e leis do discurso.

Com isso, deixamos claro a identificação da variedade de abordagem e complexidade que o assunto possa trazer, mas optamos, propositalmente, pela análise dos elementos do discurso, em coerência com a proposta apresentada inicialmente.

5.3 ELEMENTOS DO DISCURSO COMO COMPONENTES FUNDAMENTAIS.

Numa comunicação, melhor, na discussão podemos identificar três componentes fundamentais: orador, ouvinte e objeto da discussão. Em termos amplos, o orador é que abre a discussão, "aquele que propõe a primeira asserção". Ferraz Júnior delinea o orador, primeiro elemento do discurso, tomando em conta o dever de prova e a busca do entendimento. Leciona:

Sob o ponto de vista do *dever de prova*, o orador é aquele cuja ação linguística se apresenta com pretensão de autoridade. Esta repousa na compreensibilidade da ação, ou seja na possibilidade de ser ela aprendida e repetida. Uma ação não compreensível ressent-se de autoridade, o que pode ser medido no sucesso ou no fracasso da aprendizagem por parte do ouvinte. Nesse sentido podemos entender o relevo atribuído pela retórica antiga à qualidade ética, ao definir o orador como "*vir bonus dicendi peritus*" (Ibidem, p. 8, grifo do autor).

O orador encontra-se preso numa relação, tendo como regra o dever de prova.

O orador é aquele que é dotado de engenho (*ingenium*), no sentido de produtividade ou fantasia, uma capacidade "natural", que deve ser orientada pelo discernimento (*judicium*) e pela prudência (*consilium*), qualidade referida ao ouvinte e cujo conteúdo básico é a *utilitas*, manifestando-se fundamentalmente no planejamento, poder-se-ia também dizer, na estratégia do discurso (idem, p. 8-9, grifo do autor).

Portanto, de um lado há um orador com dever de provar e buscar o entendimento, de outro retomamos a noção de auditório tratada como ponto central da retórica, em especial no resgate elaborado por Perelman. Para o lógico polonês, radicado na Bélgica desde 1925, um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório (ouvinte) que se quer persuadir ou convencer.

Repisamos que, ao contrário de Aristóteles que diferenciava o auditório pela idade ou fortuna e para quem a tarefa da retórica é conquistar a adesão de um auditório não especializado e incapaz de seguir um raciocínio complicado, Perelman não se limita desse modo. Admite que a argumentação persuasiva ou convincente pode dirigir-se a qualquer auditório, consigo mesmo e até com auditórios divididos em vários elementos, os quais não reagirão da mesma forma.

Busca apresentar a superioridade dos argumentos que seriam admitidos por todos, qual seja, pelo auditório universal. O auditório é, então, entendido como "o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação" (2002, p. 22), ressaltando o objeto da Teoria da argumentação como "o estudo dos meios de argumentação, não pertencentes à lógica formal, que permitem obter ou aumentar a adesão de outrem às teses que se lhe propõem ao seu assentimento"(1997, p. 57)⁶².

Ainda em relação ao auditório, Perelman apresenta três espécies. O deliberativo, a respeito do qual pressupõe uma controvérsia deliberativa. O judiciário, que pressupõe um litígio judiciário. E o epdítico, que para ele possui um efeito sério "o de criar uma comunhão em torno de certos acontecimentos, de certas pessoas, de certas realizações, cuja valorização caracteriza a cultura de uma sociedade" (2000, p. 147-148)

⁶² Cf. Capítulo II.

FERRAZ JÚNIOR chama atenção para a classificação apresentada por Perelman, vez que, "diminui a bilateralidade da situação comunicativa, já que 'o auditório', embora considerado como fator que interfere no comportamento argumentativo do orador, parece antes como uma construção deste" (1997, p. 9).

Ressalta, ainda, que o auditório é apenas uma função da argumentação, apontando para existência de uma única espécie, qual seja, a "universal", "construída pelo orador a partir daquilo que ele sabe dos seus semelhantes, de maneira a transcender aquelas oposições das quais podem aparecer também como universais" (Idem; ibidem, p. 9).

Na situação comunicativa apresentada por Perelman e Tyteca fixa-se na argumentação que possui como finalidade obter ou aumentar a adesão de outrem às teses que se lhe propõem ao seu assentimento. Para alcançar esse fim, toma-se a discussão do ponto de vista do orador com vista à adesão e o consenso das partes. "Isso reduz a fundamentação de cada ação linguística à estratégia do consenso, onde desponta o ideal romântico da verdade, da justiça, da beleza etc. como eterna *discussão* e do consenso universal como critério de legitimação" (idem, ibidem, p. 10, grifo do autor).

De forma veemente, Ferraz Júnior procura afastar esta concepção, formulada como argumentação perelmaniana, trazendo-a para o campo do dever de prova:

Ora, quando dissemos que na situação comunicativa todo discurso se dá como discussão fundamentante, onde, eventualmente, se revela a finalidade da conquista de um auditório, lembramos também que nem todo discurso implica uma justificação que efetivamente ocorra, embora implique sempre um dever de prova. A função da fundamentação e da sua justificação é, secundariamente, a obtenção do consenso; primariamente, trata-se, aqui, de um elemento de controle da discussão. Fundamentação e justificação estabelecem as linhas da argumentação para procedimentos discursivos e dão ao ouvinte a base para seu comportamento. Dessa forma, podemos dizer que a situação comunicativa não é primariamente o resultado de um conflito *cognitivo* de uma comunidade linguística com o seu mundo circundante, mas, antes, um conflito *prático*, que se dá no plano da ação. Nestes termos é que afirmamos ser o ouvinte, como componente da discussão, não um "produto do orador", isto é, aquele que o orador, com sua argumentação, quer conquistar, tendo em vista uma tese proposta - o que pressupõe um conflito cognitivo - mas sim aquele do qual se espera uma reação - o que pressupõe um conflito prático (1997, p. 10, grifo do autor).

Viehweg aponta o dever de prova por parte do orador, quando da análise da filosofia como uma investigação de base⁶³.

A reação provocada no ouvinte insta o orador a estabelecer as linhas de sua argumentação. Para Perelman e Tyteca é a "natureza do auditório ao qual alguns argumentos

⁶³ Remetemos ao Capítulo III do presente trabalho.

podem ser submetidos com sucesso que determina em ampla medida tanto o aspecto que assumirão as argumentações quanto o caráter, o alcance que lhes serão atribuídos" (2002, p. 33). Como bem salienta o professor Ferraz Júnior é perfeitamente possível aceitar a afirmação apresentada acima:

Desde que se substitua o termo 'natureza' pelo termo 'reação', pois isso evita dificuldades em que se veem os autores para definir 'auditório universal' e que os conduzem a um certo relativismo sociológico, em última análise, a repartir, *a priori*, a racionalidade em dois campos, a falar em demonstração e argumentação, em raciocínio humano que refere à verdade e à adesão. Com efeito, a ideia de ação e reação tem relevância estritamente pragmática e, como tal, antecede a articulação sintática e semântica do discurso; isto é, os termos racional, irracional, verdadeiro, falso são conquistados na *situação* comunicativa, *dentro* e não fora do discurso ou anteriormente a ele (1997, p. 11).

O terceiro e último componente da discussão é o objeto. Com a ressalva de que a determinação do objeto da discussão envolve uma série de problemas filosóficos, Ferraz Júnior define-o como uma ação linguística que deve ser compreendida e envolve, em termos de reflexividade, "objetivos e fundamentos, bem como a sua justificação" (Ibidem, p. 11). É necessário fixar quantos passos são necessários à justificação, a fim de não nos conduzir a uma indeterminação do objeto da discussão. Tal fixação e determinação é essencialmente pragmática e depende da situação comunicativa.

Sendo certo que todo discurso ocorre numa situação comunicativa, a qual é dominada pelo dever de prova, o objeto da discussão pode ser determinado como questão. Mais uma vez recorremos a Ferraz Júnior para explicitar, como o faz com maestria, a noção de questão. Diz ele:

As questões, tendo em vista a reflexividade da discussão, variam em complexidade, conforme elas se componham de uma ou várias ações linguísticas, constituindo uma unidade ou desdobrando-se em uma ou mais alternativa. A complexidade (numérica) das questões se acrescenta o seu grau de reflexividade entre questões infinitas, que compõem, por exemplo, o campo da pesquisa científica, sendo abertas e caracterizando-se pela generalidade e abstração (alto grau de reflexividade), e questões finitas, que são fechadas, concretas e específicas (baixo grau de reflexividade), compondo o âmbito da decisão e da ação, na medida em que têm uma intenção diretiva explícita (Ibidem, p. 12).

Faz ainda a distinção das questões quanto à sua qualidade, que é apontada pela reação do ouvinte à ação linguística do orador. A reação pode ser ativa, quando diante de uma insegurança da autoridade do orador, apresenta uma pergunta. Ou ainda, passiva, quando assume a autoridade do orador, não apresentando uma pergunta. Essa questão da insegurança do ouvinte em relação à ação linguística é primordial para a fundamentação teórica aqui adotada. É importante collocarmos a lição do ínclito Professor:

Essa reação pode ser *ativa*, no sentido de *perguntar*, de não sentir-se seguro da autoridade de que goza, em princípio, a ação linguística do orador, ou ser *passiva*, no sentido de assumir a autoridade, deixando de pôr em dúvida a ação linguística do orador. No primeiro caso, a questão se qualifica como um *dubium*. No segundo, temos um *certum*. Todas estas distinções são fruto de análise, devendo-se, lembrar que a questão, no discurso, constitui sempre uma unidade, determinada, no momento em que a situação comunicativa ocorre, pelo que podemos falar de *questão principal*. Esta se define no confronto das partes, não importando qual seja a reação do ouvinte à ação linguística do orador. A questão principal não é, necessariamente, nem a mais importante nem a decisiva. É apenas a que inicia a discussão e que tem, por isso, uma função organizadora: ela corresponde a uma ordem no dever de prova, estruturando-se, a partir dela, o processo das fundamentações e das justificações e, por conseguinte, o que é posto em dúvida, o que é aceito, qual o limite do questionamento, grau de reflexividade, permitindo, inclusive, a determinação da questão mais importante e decisiva (Ibidem, p. 12-13, grifo do autor).

Essa análise inicial dos componentes do discurso como discussão leva-nos a proceder às diferentes funções pragmáticas que ele assume.

Em se tratando de uma relação do orador para o ouvinte, o discurso tem, inicialmente, uma função *sintomática*, isto é, ele expressa sentimentos, sensações, como discordância, concordância, amor, ódio, astúcia, ingenuidade etc. Da parte do ouvinte, temos, então, uma *função de sinal*, ou seja, o discurso produz no ouvinte um certo comportamento, capaz, inclusive, de conduzi-lo a uma mudança no próprio comportamento. Esse comportamento, por sua vez, se volta para a própria questão, caracterizando-a (complexidade numérica, grau de reflexividade, qualidade, caráter básico) com a ajuda de predicadores como *duvidosa*, *correta*, *boa*, *má*, *útil*, *inútil*, *perigosa*, *despretensiosa*, *complexa*, *simples* etc. Falamos, nesse caso, da *função estimativa* do discurso (Idem, ibidem, p. 13, grifo do autor).

A função estimativa ganha importância significativa na distinção dos diferentes modos discursivos. Aristóteles apresenta a partir desta função os gêneros retóricos. É, portanto, a partir do comportamento do ouvinte, passivo ou ativo, perante o objeto da discussão, é que se pode falar em discurso dialógico ou monológico.

5.4 MODALIDADES DO DISCURSO: DIALÓGICO E MONOLÓGICO.

Como dito anteriormente a ação comunicativa refere-se à interação de ao menos dois sujeitos capazes de linguagem e ação, que entabulam uma relação interpessoal. Sob este ponto de vista podemos afirmar que, como regra, todo discurso é dialógico. Mas, como nos chama atenção Ferraz Júnior, "o discurso onde o ouvinte aparece como habilitado para uma intervenção ou como interessado ativamente nela revela-se como dialógico propriamente dito" (1997, p. 15). A esse modo de discurso, é que se reserva o termo dialógico.

Com Martin Buber podemos reforçar esse conceito, transcrevendo a seguinte passagem:

Decididamente a maior parte daquilo que se denomina hoje entre os homens de conversação deveria ser designado, com mais justeza e num sentido preciso, de palavreado. Em geral os homens não falam realmente um ao outro, mas cada um, embora esteja voltado para o outro, fala na verdade a uma instância fictícia, cuja existência se reduz ao fato de escutá-lo (1982, p. 145).

Diferentemente desta noção de palavreado que nos falar Buber, no discurso dialógico os participantes da interação linguística, orador e ouvinte apresentam característica específicas. Orador e ouvinte participam do discurso, assumindo ambos posição ativa. Nessa perspectiva, ensina Ferraz Júnior:

Se na discussão em geral o orador é o seu proponente e o ouvinte aquele a quem se dirige a ação do orador, no discurso dialógico ambos são, em primeiro lugar, dados *concretos*. O orador não é apenas aquele que abre a discussão, mas é alguém *em situação*. Não é apenas um proponente, é também um *partícipe* da discussão. Sua ação linguística é essencialmente "*sintotomática*", constituindo uma expressão de si próprio, essencial para a compreensão do discurso. Como partícipe, que interfere na discussão, ele sofre também as influências da ação (linguística) que ele próprio desencadeia. Por isso, não é possível desvincular a ação linguística do seu orador, que aparece, então, não como o seu porta-voz, como mero instrumento, mas como diretamente *responsável* por ela (Idem, ibidem, p. 15, grifo do autor).

Essa responsabilidade é evidenciada no dever de prova, ligando o orador ao ouvinte. E esse último deve ser concebido de modo semelhante: "a ação linguística do orador constitui um sinal para o seu comportamento concreto" (Ibidem, p. 15). Essa posição assumida pelo ouvinte, como uma parte ativa, faz dele um ator. E essa maneira de agir (linguisticamente) configura a discussão.

Tomando o modelo pergunta-resposta, a reação do ouvinte acentua as características da pergunta. Exige prova de "sustentabilidade de uma ação linguística que se pretende dotada de autoridade. Essa reação, como dissemos, permite-nos qualificar o objeto da discussão como um 'dubium'" (Ibidem, p. 16). O termo "dubium", em oposição a "certum", Ferraz Júnior vai buscar em Quítiliano. Na caracterização do "dubium" é necessário que se tenha em perspectiva a possibilidade de uma alternativa. Consiste, desse modo, na concorrência de possibilidades, "concorrência de possibilidades como alternativas".

Implica, portanto, em conceber o "dubium" como uma complexidade, com "possibilidades em alternativas, variação, conflito, ausência de consenso"(Ibidem, p. 17)⁶⁴.

Continua:

Essa *complexidade*, entretanto, ocorre apenas em relação a uma conexão compreensiva já existente, mas que, dada a participação do ouvinte, não mediatiza uma certeza, ao contrário, abre um leque de soluções. Esse leque, que se abre no momento em que a questão se põe como *dubium*, o que vale dizer: o *dubium* projeta-se, prospectivamente permitindo um controle das variações possíveis do discurso, delimitando-lhe o campo de flexibilidade e de capacidade de adaptação, de indiferença relativa a distorções e de tolerância quanto a contradições; um campo, pois, de liberdade na escolha de soluções, que, a partir dele, *dubium*, aparecem como equivalente utilizáveis (Ibidem, p. 17, grifo do autor).

De ressaltar o caráter reflexivo na questão qualificada como "dubium". Não se projeta apenas para frente, em alternativas, mas também se volta a si próprio, apreendendo, de forma regressiva, novamente como "dubium". Pode-se, pois, dizer que expressa um caráter de autocomplexidade.

Uma questão qualifica-se, assim, como um *dubium*, na medida em que ela indaga das suas próprias condições de possibilidade. O discurso dialógico não esconde esses termos, a sua vocação transcendental, no sentido de que não só o seu objeto se manifesta como um *dubium*, mas a própria *manifestação como dubium* se revela, novamente, um *dubium* (Ibidem, p. 17, grifo do autor)

Com Viehweg, podemos afirmar, mais uma vez, a necessidade de satisfazer determinados deveres de comunicação. A perspectiva retórica conduz à questão do comportamento dos participantes da ação linguística. Como discurso fundamentante apresenta a necessidade formular afirmações sujeitas ao dever de defesa (prova) e somente manter-se quando satisfazer este dever de prova (1997, p. 168-169).

Fica claro, dessa forma, a constante interação resultante do processo de apresentar um "dubium", de modo reflexivo, diante de uma afirmação fundamentada. Há, é certo, a inclusão do ouvinte no diálogo como participante ativo na troca da ação linguística. Um aspecto a ser considerado são as diversas manifestações do "dubium", considerado de forma reflexiva. Fala-se aqui em problema, dilema e aporia.

Uma questão dialógica é problemática quando uma comparação das alternativas nos permite delimitar o campo de soluções. Problema é, pois, uma questão cujo limite é dado pelas diferentes possibilidades, estruturadas como alternativas. Um dilema, por seu lado, é uma questão que ultrapassa o limite das alternativas, isto é, uma questão onde a comparação das alternativas nos obriga a abandonar o campo de possibilidades. A aporia, finalmente, é uma questão em cujo campo de

⁶⁴ Sobre a noção de complexidade, cf. Niklas Luhmann, **Introdução à teoria dos sistemas**. Rio de Janeiro: Vozes. 2009, p. 178 e segs.; e **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Mai: Suhrkamp. 1997, p. 134 e segs.

possibilidades a própria questão é, permanentemente, uma alternativa. Assim, por exemplo, questões como "A atividade exercida por A é protegida pela lei vigente?" são problemáticas. Uma questão como "Enunciados que se referem a enunciados éticos têm também uma relevância ética?" constitui um dilema. Por fim, questões filosóficas envolvidas, por exemplo, na "dúvida metódica" de Descartes, como dizer o que é pensar tendo de pensar, falar de língua tendo de utilizá-la, descrever o ato cognitivo tendo de realizar um ato cognitivo etc., são aporéticas. A aporia não é, pois, uma questão sem sentido, mas uma questão que se propõe a si mesma como questão (Ferraz Junior, 1997, p. 18-19).

Da maneira como exposto o "dubium", podemos afirmar que ele não constitui um axioma, vez que não mediatiza uma verdade, não apresenta a solução, pois pressupõe mais de uma solução. A axiomatização exigiria a regulação do discurso através de um sistema de asserção. Sob o ponto de vista da reflexividade, o objeto não poderia complicar-se, tomando uma única direção de solução.

O discurso dialógico, ao contrário, deve preparar-se para asserções, ao mesmo tempo, sobre questões e soluções de questões. Portanto, abrir-se para contradições patentes. Por um lado, ele culmina em outros *dubia*, cada vez mais amplos e abstratos. Por outro lado, desenvolve regras pragmáticas, de uso intersubjetivo, para o tratamento do *dubium*. Assim, no lugar do procedimento dedutivo surge uma técnica, a técnica da recepção consciente de ações e contestações ocorridas, que servem, então, de premissa para a análise comparativa de questões e solução de questões (Ibidem, p. 20, grifo do autor).

Todo discurso dialógico, enquanto discurso fundamentante, encontra uma regra geral e básica traduzida no dever de prova que pode ser formulado da seguinte maneira:

a) toda ação linguística pode ser questionada. Isso não quer dizer que toda ação linguística *tenha de ser* questionada. Mas essa regra geral abre a possibilidade da contestação e da defesa. Isso nos põe, de novo, em confronto com o problema do regresso ao infinito. Na verdade, só essa regra não é capaz de orientar o decurso da discussão dialógica. Para isso, é necessário o aparecimento de outras regras, que se ligam à primeira, em termos de uma articulação pragmática: as regras são estabelecidas com o propósito de possibilitar a discussão, isto é, de evitar que o orador e ouvinte sejam alijados, abstraídos da situação. Assim, a partir da primeira regra é possível ver o diálogo como uma série de diálogos parciais, onde se fixam as bases da discussão: *ações linguísticas primárias*. Estas estão sujeitas a duas outras regras: b) uma ação linguística primária do orador não pode ser atacada pelo ouvinte, pois ela pode, eventualmente, ser defendida pelo orador; o ouvinte limita-se a ela, mas c) o orador não pode mais pô-la em dúvida. Com isso, é possível contornar o regresso ao infinito. Essas regras, contudo, não esclarecem todo o decurso do diálogo, sendo necessário o estabelecimento de regras particulares, cuja determinação depende das diversas situações, o que se entende quando se fala em discurso jurídico, político, filosófico etc. (Ibidem, p. 20-21, grifo do autor).

Concebida desta maneira, a estrutura dialógica não pressupõe a lei do terceiro excluído, "tertium non datur" em latim⁶⁵. Não há o acolhimento da ideia da oposição abarcada

⁶⁵ A lei do terceiro excluído (em latim resumida na expressão *tertium non datur*), é um princípio cujo enunciado consiste no seguinte: "ou A é x ou é y e não há terceira possibilidade". Por exemplo: "ou este homem é Sócrates ou não é Sócrates; "ou faremos a guerra ou faremos a paz". Cf. CHAUI, Marielena. **Convite à Filosofia**. 13. ed., 9. reimp. São Paulo: Ática. 2009, p. 63.

em tal princípio, já que na ação linguística não haveria a possibilidade de divisão entre as que são refutáveis e não refutáveis, ou justificáveis e não justificáveis. Diferentemente, possui como traço fundamental, a possibilidade de contestação, de contraditório. Não se pode confundir "com a fixação de certas constantes e exclusão de variáveis, mas repousa num modo de tratamento especial do *dubium*, ou seja, no seu estabelecimento como premissa invariante que aqueles que o querem discutir não podem modificar"(Ibidem, p. 21, grifo do autor). O discurso dialógico, portanto, possui a capacidade de articular as alternativas, sem no entanto eliminá-las. Desta forma o "dubium" permanece "dubium", vez que fixado como invariante.

As premissas fundamentais se legitimam pela aceitação do interlocutor, conforme afirmação textual de Viehweg. A orientação a ser seguida é da oposição do adversário, seja ela previsível ou efetiva, tendo por consequência que tudo o que é aceito sempre e em toda parte considera-se fixado, como não discutido. As premissas podem ser qualificadas como "relevantes", "irrelevantes", "admissíveis", "inadmissíveis", "aceitáveis", "defensáveis" ou "indefensáveis". Há possibilidade de graus intermediários como "difícilmente defensáveis" ou "ainda defensáveis". No entanto, essa classificação encontra sentido somente diante do problema que é o centro da discussão e por isso mesmo as conclusões e as deduções serão sempre de curto alcance. Uma premissa que não seja aceita em uma discussão pode muito bem ser suficiente em outra (Viehweg, 1979, p. 42).

A estrutura do discurso dialógico é, assim, aberta e podemos dizer imprevisível.

Isto porque o *dubium*, sendo reflexivo, revela uma estrutura que não constitui apenas um modelo diretivo, mas, sobretudo um esquema plurivetorial de possibilidades generalizadas, isto é, possibilidades dotadas de uma certa neutralidade em face das diferenças (Ferraz Junior, 1997, p. 20, grifo do autor).

E essa neutralidade não limita, pelo contrário, aumenta o potencial de complexidade.

Essa estrutura é atualizada na forma de estratégias, termo tornado relevante pela "Teoria dos Jogos", entendido aqui como plano de comportamento, construído em conformidade com *as regras do diálogo*, constituindo, nesse sentido, um conceito dinâmico que pressupõe não só uma relação *sem fim* entre os estrategistas (impossibilidade de eliminação do *dubium* como tal) mas também, numa certa medida, uma flexibilidade das próprias regras, que podem ser "mudadas" por meio de *interpretação*. Nesses termos, podemos dizer que o centro das estratégias é constituído pelo que denominaremos, para usar uma terminologia de Theodor Viehweg, *topos*. (Ibidem, p. 22, grifo do autor).

Os "topoi" devem ser entendidos como fórmula de procura, qual seja, constituem orientação prática na elaboração das estratégias. "A tópica mostra como se acham as premissas; a lógica recebe-as e as elabora" (Viehweg, 1979, p. 40). Tal não implica

definitividade de uma conclusão, vez que reaparecendo ou aparecendo um problema, há a necessidade de reavaliação das premissas.

Mas os "topoi" também são um modo de trabalhar o acordo, possibilitando a continuidade da argumentação e servindo, muitas vezes como um auxiliar na interpretação. Assim, a afirmação de Viehweg:

Não obstante, também neste ponto o modo de pensar tópico presta um auxílio muito valioso sob a forma de interpretação. Com ela, abrem-se novas possibilidades de entendimento melhor, sem lesar as antigas. Acontece assim que se mantêm as fixações já efetuadas, submetendo-as a novos pontos de vista, que frequentemente se produzem em uma conexão completamente distinta e tornam possível que se dê às velhas fixações um novo rumo. Não dizemos que toda interpretação (exegese, hermenêutica, etc.) o faça, mas sim que pode fazê-lo. A interpretação constitui uma parte da tópica extraordinariamente apropriada nas mencionadas mudanças de situação. Nela, o dialético no sentido examinado se faz acreditar (Idem, p. 42)

É através dos "topoi", que o discurso dialógico experimenta uma certa historicidade. "Dizemos uma certa historicidade, porque o discurso dialógico não é histórico no sentido de que a categoria de historicidade seja uma condição transcendental do diálogo, pois ela é também conquistada a partir do diálogo" (Ferraz Junior, 1997, p. 23). E complementa o Professor:

É preciso afastar, pois, do nosso contexto uma concepção idealista de *daleghestai* em termos de um "diálogo eterno", ou melhor "permanente", que nos obrigaria a ver os diálogos particulares como concretizações dialéticas do Diálogo da História enquanto processo globalizante. Assim, não o diálogo, como modo do discurso, mas as estratégias do diálogo, dada a sua "topicidade", são históricas no sentido de serem inseparáveis do momento situacional em que ocorrem, dele alimentando-se formal e materialmente. Os *topoi*, por sua vez, não são, nesses termos, *elementos* ou *entidades* (quer exteriores, quer interiores ao discurso), mas *resultados de uma operação*, ou, ainda, não são inventários estruturados, mas operações estruturantes (p. 23, grifo do autor).

Portanto, a participação do ouvinte de modo habilitado para intervenção, na ação comunicativa é que foi abordada até aqui. A questão que se impõe é a do ouvinte não interessado e habilitado para essa discussão. Em tais circunstâncias ressalta o aspecto monológico do discurso. Adiante, faremos uma pequena análise de tal aspecto do discurso.

5.5 O DISCURSO MONOLÓGICO.

Dúvidas não restaram de que toda situação comunicativa é um discurso. Porém, nem todo discurso deve ser considerado dialógico. Naquele em que não há interesse por parte do ouvinte, ou este não esteja habilitado para uma intervenção, é que vai caracterizar o discurso como monológico.

Essa passividade do ouvinte modifica, de forma significativa, o comportamento do orador, bem assim as características do próprio discurso. Faz-se necessária uma análise dos componentes de tal discurso, a influência no comportamento do orador e a significação da relação orador-ouvinte.

O ouvinte não assume comportamento com as mesmas qualidades ativas mencionadas no discurso dialógico. Porém seu posicionamento passivo não significa "que ele não esteja ali, que não exista ouvinte" (FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 24).

Sua atitude é, em princípio, a do *theorós*⁶⁶, a que nos referimos, isto é, daquele que assiste ao espetáculo sagrado. Nesse sentido, modifica-se também a função estimativa do discurso, pois o ouvinte tem, afinal, alguma coisa a dizer, o espetáculo pode agradá-lo ou desagradá-lo, mas ele não interfere na própria ação representada. O seu comportamento, para usarmos uma imagem da tradição filosófica, resume-se em ver a ordem cosmológica, sem poder, em princípio, equiparar-se à medida do cosmos, sem poder reproduzi-la em si próprio (Ibidem, p. 24).

E continua a sua explicação a respeito do discurso monológico, ressaltando a posição do ouvinte:

A posição do ouvinte no discurso monológico, tendo em vista a situação comunicativa e em oposição ao diálogo, pode ser considerada como *abstrata*, isto é, a sua subjetividade desaparece enquanto individualidade, a sua adesão ao discurso parece suspensão, não existe expectativa de reação ativa. Por isso, a sua presença pode ser abstraída, no sentido de que o ouvinte se desfaz na universalidade do auditório (ibidem, p. 24, grifo do autor).

Ferraz Júnior menciona a importância e o pioneirismo da obra de Perelman e Tyteca, mas faz-lhes a pertinente crítica de que, para eles, a retórica "seria apenas a que se mantivesse nos quadros da prova lógico-formal". (Ibidem, p. 25). Podemos com o distinto professor paulista, afirmar que "este seria o ouvinte da evidência, ao qual não cabe outra escolha senão

⁶⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro: Zahar. 1982. Interessante também a análise de VEIGA, Guilherme. **Teatro e Teoria na Grécia antiga**. 2. ed. Brasília: Thesaurus. 2008, que afirma que o "verbo *theoreîn* não existia nos tempos homéricos. (...) Em termos documentais, sua primeira ocorrência está na segunda metade do século V, etimologicamente derivado de *theorós*, que corresponde a expectador" (p. 27). Ainda na mesma página afirma que "*theoreîn* tinha também o sentido de viajar ao estrangeiro, de conhecer o mundo". Para comprovar cita o Historiador SNELL, Bruno. **A descoberta do espírito: as origens do pensamento europeu na Grécia**. Lisboa: Edições 70. 2003, quando faz a distinção entre teoria e prática, retoma o entendimento dado em Habermas e Ferraz Júnior, com a seguinte passagem: "De Solon, que pertencia também ao número dos Sete Sábios, diz Heródoto que, após ter dado as leis aos atenienses, se pôs a viajar pelo mundo por mor da simples *theoria*, isto é, só para ver o mundo; foi assim o primeiro que tentou realizar o ideal do saber próprio das Musas homéricas", p. 388.

a de render-se, o ouvinte ao qual se dirigiria o programa metódico do racionalismo cartesiano" (Ibidem p. 25).

De fato, a abordagem levada a efeito por Perelman e Tyteca apresenta-se com a característica do racionalismo, mesmo visando, inicialmente confrontá-lo. É o que podemos ler no seu Tratado da Argumentação:

Uma argumentação dirigida a um auditório universal deve convencer o leitor do caráter coercivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade intemporal e absoluta, independentemente das contingências locais ou históricas. "A verdade", diz-nos Kant, "repousa no acordo com o objeto e, por conseguinte, com relação a tal objeto, os juízos de qualquer entendimento devem estar de acordo". Toda crença objetiva pode comunicar-se pois é "válida para a razão de todo homem". Apenas uma asserção assim pode ser *afirmada*, ou seja, expressa "como um juízo necessariamente válido para todos (Perelman e Tyteca. 2002, p. 35, grifo do autor).

Mais uma vez Ferraz Junior apresenta uma análise crítica da noção de auditório universal, no seguinte teor:

Assim, esse tipo-limite de "auditório universal" é, por assim dizer, excluído do âmbito da retórica e reduzido ao da lógica formal, que se limitaria ao exame dos meios de prova demonstrativos. Do ângulo do orador, no caso, do lógico, atribuiríamos a ele a liberdade de elaborar a linguagem artificial do sistema que ele constrói, de decidir quais os axiomas e as regras de transformação válidas no interior do seu sistema. A única condição que lhe é imposta seria o respeito ao princípio de não contradição. Isso conduz Perelman e Tyteca a oporem "demonstração" e "argumentação", a reconhecerem uma participação no interior mesmo da racionalidade, a separarem, na sequência da tradição filosófica, necessidade e liberdade (1997, p. 25).

Destaca-se a necessidade de tomar como ponto de partida a situação comunicativa, devendo reconhecer-se no "discurso monológico um modo do discurso enquanto discussão, e não o contrário. A discussão é o modelo primário" (Ibidem., p. 25). Mesmo na hipótese do discurso monológico, a participação do ouvinte tem consequências decisivas.

Assim, objetaríamos, em primeiro lugar, que a liberdade de elaborar a linguagem artificial, por parte do lógico, no sentido de Perelman e Tyteca, seja condicionada apenas formalmente, pelo princípio de não contradição. Como bem o mostram Lorenzen e Kamlah, a introdução de um "predicador" de "língua artificial", isto é, de um "termo", de um "termo" lógico, por exemplo, a própria palavra "predicador", não ignora jamais uma situação comunicativa, para usarmos nossa própria terminologia. Na verdade, ele é introduzido "explicitamente", regra geral, com o caráter de "proposta" que um parceiro da discussão faz e que pode ser aceita pelo outro, ou negada e mesmo substituída por outra, até que se estabeleça um acordo a respeito (Ibidem, p. 25-26).

O discurso monológico não deve ser visto nem "como fixação unilateral de uma estrutura, nem como discurso sem interlocutor", pois nas hipóteses de uma conferência ou um livro, o autor deverá apresentar todas as suas propostas, na esperança da adesão do leitor. Não

se deixa de identificar, apesar do que foi dito, certa passividade no comportamento do interlocutor (Ibidem., p. 26).

Esta passividade do ouvinte coloca-o a certa distância do objeto do discurso. O seu comportamento objetiva não o discurso propriamente, mas como é expressa a ação linguística. Não importa o que se diz, mas como se diz (Ibidem, p. 26).

À passividade do ouvinte corresponde, pois, a instrumentalidade do orador, isto é, o próprio orador perde a sua subjetividade enquanto individualidade, tornando-se, por assim dizer, um mero porta-voz da ação linguística. Em consequência, no monólogo, não só o orador e ouvinte são abstraíveis, mas a própria ação linguística se torna abstrata, perdendo o discurso, em parte, a sua função sintomática acentuada. No modo monológico do discurso, a dimensão pragmática e a dimensão semântica podem, assim, tornar-se secundárias em relação à dimensão sintática. Daí a aparente - aparente por resultar de uma abstração da situação comunicativa concreta - a-historicidade do discurso monológico, que parece valer atemporal e a-espacialmente (Ibidem, p. 26).

Diferentemente do discurso dialógico, podemos identificar na relação entre orador e ouvinte do monólogo, a qualificação do objeto do discurso como um "certum". E da mesma forma como ocorre com o "dubium", o "certum" não é uma qualidade *a priori* do objeto. O monólogo não pode ser tido como uma modalidade do discurso, mas um modo de discursar, de discutir, portanto, é fundado em dados exteriores à discussão. O professor Ferraz Junior nos ensina que o objeto que se qualifica como "certum", constitui também uma *questão* (grifamos). Apresentando um conjunto de possibilidades que se estruturam como alternativas em concorrência, mas alerta para a caracterização de tais alternativas, conforme colacionamos:

Essas alternativas podem, entretanto, ser reduzidas a duas possibilidades, o que significa que a participação do ouvinte na discussão também se limita, em última análise, a dois comportamentos radicais: um que impugna e outro que admite. Esses dois comportamentos, porém, não se referem à questão enquanto tal, isto é, a questão que se qualifica como *certum* perde a sua reflexividade. Em outras palavras, o *certum* é uma questão que, em virtude do tipo de reação do ouvinte, deixou de ser reflexiva, ou, ainda, não pode mais ser reflexiva, sob pena de converter-se num *dubium*. O *certum*, por isso, só se expande num único sentido vetorial: a própria questão não se volta sobre ela mesma e, caso se volte, ou se torna um *dubium* ou desaparece como questão (falsa alternativa) (ibidem, p. 27, grifo do autor).

Pelas características apresentadas até o momento, a estrutura do discurso monológico pressupõe o princípio do "tertium non datur", ao contrário do que explicitado na análise sobre o discurso dialógico. Mais uma vez Ferraz Júnior deixa ensinamento sobre a regra da relação do orador e ouvinte a qualificar o objeto do discurso, da seguinte maneira:

a) nem todas as ações linguísticas podem ser atacadas pelo ouvinte; essa regra põe, concomitantemente, uma segunda: b) toda ação linguística é justificável ou

refutável; segue-se, daí, a terceira regra: c) se uma ação linguística é justificável, não pode ser atacada pelo ouvinte; se é refutável, não pode ser enunciada pelo orador.

(...)

Por último, na medida em que o objeto do discurso monológico se qualifica como *certum*, sua estrutura é imediatamente passível de axiomatização, ou seja, o discurso monológico pressupõe que seu objeto seja reduzido a um conjunto de axiomas e por meio deles controlado. Esse objeto, regulado por um sistema de enunciados, não pode mais complicar-se no sentido da reflexividade, desdobrando-se num sentido único (Ibidem, p.27-28, grifo do autor).

A tarefa que se impõe no momento, é saber como podemos fazer a transposição das características acentuadas do discurso em geral para o campo próprio da pesquisa, o discurso jurídico. Mais adiante será necessário o enfrentamento da possibilidade do seu uso, com os aspectos pragmáticos especificamente, na interpretação jurídica.

CAPÍTULO VI

Discurso jurídico.

Prosseguindo na análise da fundamentação e características do discurso, passaremos à discussão a respeito do Discurso jurídico, seguindo a terminologia apresentada até o presente momento, incorporando conceitos ligados à noção de pragmática. Assim, retomaremos a questões como, ação comunicativa, situação comunicativa, "dubium", "certum", reflexividade e as modalidades do discurso jurídico.

Procuraremos identificar as noções básicas do discurso jurídico, permitindo-nos a crítica, a ampliação ou até mesmo a discordância para as finalidades propostas no presente trabalho.

6.1 SITUAÇÃO COMUNICATIVA.

Como ficou expresso⁶⁷, o discurso é entendido aqui como uma ação linguística dirigida a outrem, "donde o seu caráter de discussão, em que alguém fala, alguém ouve e algo é dito" (Ferraz Júnior, 1997, p. 57). Restou expresso, ainda, que a ação linguística mais que se dirigir ao outro, apela ao seu entendimento, com o procedimento de ensinar e aprender. E nessa situação de ensinar e aprender, na qual a compreensibilidade deve ser manifestada, é que se identifica a situação comunicativa. E essa situação comunicativa não deve ser entendida como uma relação entre partes físicas.

A situação discursiva não deve ser entendida como uma relação de partes físicas, seres humanos biologicamente concebidos e sinais, mas de ações e resultados de ações (acontecimentos), não tendo uma estrutura à parte do seu funcionamento. Por isso, o discurso não é, em princípio, uma sequência preestabelecida de determinadas

⁶⁷ Capítulo V, seção 5.1, no presente trabalho.

ações, não se confundindo o seu agir com um mero ritual, embora uma ritualização não se exclua (Ibidem, p. 57).

Garcia Amado chama a atenção para a concepção de Viehweg na qual o processo discursivo que leva ao esclarecimento de problemas jurídicos só pode ser cabalmente compreendido a partir do que ele nomina de pensamento situacional (1988, p. 329-330).

Afirma textualmente:

El discurso jurídico y los argumentos en él empleados en cada caso no poseen un significado previo exacto, inmutable y prefijado de una vez por todas. Su pertinencia se establecerá en cada ocasión a la luz de la situación discursiva (*Redesituation*), que es tanto como decir, a la luz del marco delimitado por el contexto en el que se plantea la discusión en cada caso (Ibidem, p. 330, grifo do autor).

Não é um ritual preestabelecido que faz com que o discurso ocorra, mas o "comportamento seletivo dos partícipes, que ensinam, aprendem ou se recusam a aprender determinam alternativas, escolhem caminhos, absorvem incertezas, transformam questões complexas em problemas claros etc." (Ferraz Júnior, 1997, p.57). A situação comunicativa não se manifesta num vácuo, "mas ocorre em um conjunto de articulações complexas que a circundam, tendo pois um limite identificável". E tal limite tem o aspecto externo do mundo circundante, que corresponde a uma complexidade maior, e um aspecto interno - estrutura do discurso - que reduz a complexidade⁶⁸. "Justamente esse limite é que nos permite identificar diferentes situações comunicativas. Nesses termos, uma análise do discurso jurídico propõe, como primeira tarefa, o estabelecimento da sua peculiar situação comunicativa" (Ibidem, p. 58).

Não se deve tomar tais afirmações como uma tentativa de recobrar o empreendimento de definir o Direito.

⁶⁸ Em todas as sociedades com uma certa complexidade, os procedimentos têm de ser "instruídos" de forma a poupar tempo, por meio da escolha dum modelo pré-constituído. Esse modelo já existe culturalmente como programa para o procedimento judicial relativamente diferenciado. A independentização, prevista nele, pode ir mais ou menos longe. A dimensão da diferenciação possível está relacionada com outras estruturas da sociedade temos, em primeiro lugar, de tornar clara essa relação.

A compreensão da importância desta pergunta é dificultada pelo ideal das únicas decisões concretas e únicas. O procedimento jurídico torna-se irrelevante na medida em que decisões existem e podem ser encontradas. A certeza da decisão não depende da forma como foi alcançada. O procedimento, como sistema social, só tem um espaço de manobra de desenvolvimento por motivo da existência da incerteza em questões de direito e de verdade e só na medida do alcance dessa incerteza. A diferenciação de procedimentos jurídicos refere-se ao processo de absorção desta incerteza e menciona que este processo é dirigido por critérios internos do procedimento e não por critérios externos. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 53-54. Cf. **Introdução à teoria dos sistemas**. Rio de Janeiro: Vozes, 2009, p. 178 e segs. do mesmo autor e **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1997, p. 134 e segs.

Como exposto acima, a comunicação social ocorre entre dois comunicadores como uma interação, qual seja, são ao mesmo tempo emissores e receptores.

A essa relação, nos parece, refere-se Miguel Reale, ao reconhecer na "bilateralidade" uma qualidade de toda ação humana social. Esta - diz ele - dirige-se sempre a um "alter"; daí também o uso da expressão "alteridade". Em princípio, sendo o discurso jurídico uma ação social, ele é, nesses termos, uma relação "bilateral" *entre outras*. Vale dizer, o conjunto das ações sociais constitui o seu "mundo circundante" e, pois, o limite externo da sua "situação comunicativa" (Ibidem, p. 58-59, grifo do autor).

A situação comunicativa discursiva é configurada, portanto, pela ação de seus participantes em busca do mútuo entendimento. "Isso dá uma certa ordem, não apenas espacial, mas também temporal: *quando* alguém deve falar, *quando* alguém pode falar, etc." (Ibidem, p. 59, grifo do autor). A ação dos partícipes da situação comunicativa é feita como partes da interação discursiva, que busca o mútuo entendimento, sem abandonar suas características de personalidade, mas assumindo um papel determinado (função sintotomática e função de sinal do discurso). Vê-se, portanto, que a situação comunicativa limita-se internamente no que diz respeito às formas das regras de atribuição e diferenciação de papéis. Assim, as reações dos partícipes podem ser determinadas e haverá a consequente qualificação do objeto do discurso e seu controle (função estimativa do discurso).

Desta forma, leciona Ferraz Junior, assumimos "que as partes, na situação comunicativa, estão motivadas, isto é, têm, em princípio, interesse pelo que se diz, certeza de que algo vai ser alcançado e incerteza sobre o que será alcançado" (Ibidem, 60).

Com estes esclarecimentos é possível aceitar que houve a delimitação do que vem a ser uma situação comunicativa.

Resta uma pergunta a ser feita no desenvolvimento das ideias principais tratadas até aqui e que deverão ser aprofundadas de agora em diante: o que é necessário fazer para entender uma situação comunicativa como jurídica? Nas situações comunicativas sociais, de modo geral, a comunicação dá-se entre dois comunicadores, os quais são dotados de capacidade de emitir e de receber informações, ou como foi estabelecido até aqui, de perguntar e responder. Em determinadas situações comunicativas é concedido ao receptor, não importa qual, a possibilidade de exigir a informação.

"Exigibilidade", para usar um termo de Miguel Reale, significa, em nossa análise, uma regra segundo a qual, dada uma situação comunicativa em que pelo menos um dos comunicadores se recusa a comunicar-se, na medida em que ele renúncia, voluntária ou involuntariamente, ao papel de receptor ou de emissor, ao outro comunicador é facultado reclamar o comportamento recusado. Ora a exigibilidade muda a função sintotomática e a função de sinal do discurso. As ações linguísticas

deixam de ser mera expressão de subjetividade dos comunicadores, ganhando, igualmente, as suas reações uma certa "coordenação objetiva" que liga os comunicadores entre si, ao mesmo tempo em que lhes confere esferas autônomas de ação: obriga-os e, ao mesmo tempo, confere-lhes poderes (Ibidem, p. 60).

O professor Ferraz Junior, vê na exigibilidade o efeito de ampliar a situação comunicativa social, acrescentando um terceiro comunicador: o árbitro, o juiz, o legislador, mais genericamente, a norma. Há aqui a transmutação de situação bilateral, para uma situação comunicativa triádica (BALLWEG, 1970, p. 103, *apud* 1997, p. 60).

Nesta nova configuração, o terceiro comunicador pode assumir diversas posições comunicativas. A saber:

Ele pode assumir posição hierarquicamente igual à dos outros dois, isto é, como aqueles, ele é também, ao mesmo tempo, receptor e emissor (*jus dispositivum*); uma posição hierarquicamente superior, na medida em que ele apenas omite, tornando-se os outros partícipes em "meros" receptores, mas não necessariamente absolutamente passivos (*jus cogens*); finalmente, uma posição de puro emissor, sem que os outros partícipes percam a sua posição de emissores e receptores, os quais continuam a exercê-la graças a intervenção do terceiro comunicado (formas mistas) (ibidem, p. 61, grifo do autor).

Não se pode perde vista, que entre os comunicadores primitivos é passível de identificar dois tipos fundamentais de relação, conforme haja ou não reciprocidade entre eles, qual seja, ambos emitem e recebem concomitantemente, hipótese em que se identifica uma relação contratual; ou não haja reciprocidade, relação do tipo institucional, na distribuição da capacidade de emitir e de receber, "dando origem a relações de coordenação (as que ocorrem entre sócios de uma sociedade anônima), de subordinação (entre o fisco e o contribuinte) e de integração (entre marido e mulher, pais e filhos, na comunhão familiar)⁶⁹" (ibidem, p. 61).

⁶⁹ Interessante, nesse passo a citação completa de Miguel Reale, op.cit., p. 698. Corresponde essa discriminação, até certo ponto, à outra apresentada antes por Vincenzo Miceli, que distingue a correlação intersubjetiva segundo o "respeito recíproco", a "cooperação ou a assistência", e a "subordinação" das partes.

Pensamos que a distinção entre bilateralidade *contratual* e *institucional* é de caráter mais objetivo, sem ficar ligada a posições particulares próprias a cada doutrina, revelando-se de grande alcance na determinação do conceito de *relação jurídica*, até hoje prevalecentemente calcado sobre as matrizes das relações contratuais, a que o individualismo jurídico, de uma forma ou de outra, reduzira a vida toda do Direito e do Estado.

Mister é, pois, alargar o conceito de *relação jurídica* à luz dos elementos que o estudo da *bilateralidade atributiva* nos oferece, a fim de abrangermos as múltiplas modalidades de enlace que constituem a tessitura da experiência do Direito, sem se modelar a sociedade segundo o ângulo exclusivo de prestações e contraprestações recíprocas, do "*do ut des*" que preside, paritariamente, à vida dos contratos.

Impõe-se ainda acrescentar que a alteridade de tipo *institucional* pode ser de *coordenação*, de *subordinação* ou de *integração*, como acontece, por exemplo, respectivamente, nas relações entre os sócios de uma sociedade anônima; entre o Fisco e o contribuinte; e as que se constituem entre o marido e a mulher, os pais e os filhos no seio da comunidade familiar. Dessas discriminações surge um conceito mais amplo de *relação jurídica*, que só assim poderá continuar a ser a pedra angular do edifício conceitual do Direito.

Mas afinal, como se dá o surgimento deste terceiro comunicador, que transforma a situação comunicativa bilateral em triádica? Em que condições ele se apresenta? Esse e outros pontos é que se deve esclarecer e situar mais adequadamente na continuidade do estudo.

6.2 CONFLITO JURÍDICO E DECISÃO.

O ingresso do terceiro comunicador pode ser analisado de modo mais claro. Se a exigibilidade, no sentido tratado até aqui, é a regra que regula o comportamento das partes na situação comunicativa jurídica, atribuindo aos participantes comportamentos não passivo. Para possibilitar as partes a exigir, estas são convidadas a intervir ativamente, vez que interessadas no objeto do discurso. Daí a afirmação de que o comportamento discursivo, na situação comunicativa jurídica, é ativo, pois "dirigido a alguém como expressão de quem fala"; e "é reativo, i.é, é preso a alguém, a quem se dirigiu (função de sinal)" (Ibidem, p. 61). É a participação ativa do orador e reativa do ouvinte jurídicos que qualifica o objeto do discurso como um "dubium" (função estimativa).

Quais as condições dadas para que se possa qualificar esse "dubium" como jurídico?

É a regra da exigibilidade que abre a possibilidade de ver que a relação entre orador e ouvinte jurídicos é uma situação comunicativa instável. Como observado, o discurso é uma expressão carregada da personalidade das respectivas partes, que atuam e se obrigam conforme esta mesma personalidade, a qual, podemos dizer é seu limite. Gozam de liberdade para trazer à discussão temas e informações que julguem necessários à manifestação (Ibidem, p. 62). Essa liberdade possui um caráter bifronte, pois ao mesmo tempo é um privilégio das partes, mas também como um fator de engajamento. Tal se dá, conforme foi observado em outro lugar, pela pressuposição de que além de discutir, tenham a intenção de convencer. Nesse processo, outro compromisso desponta que é o de dizer e buscar a verdade, mas nada impede que possam mentir, pois está dentro do campo da liberdade dos participantes do discurso.

Daí, essa mesma liberdade faz da situação comunicativa jurídica uma relação insegura e instável. Essa mesma insegurança e instabilidade são incômodas e tende a ser reduzida (Ibidem, p. 62).

O discurso jurídico revela-se, assim, como um instrumento básico dessa redução. Por meio dele são estabelecidas regras do tipo "se você puxar da espada eu também puxo", que vão, então, regular os comportamentos permitidos. Essas regras permitem que as partes estabeleçam entre si modalidades diversas de ação e reação em termos de que *toda ação linguística é questionável*, mas ao mesmo tempo, garantem que isso possa ocorrer. Em outras palavras, permitem um *dubium* na medida em que garantem essa permissão. Ora, é exatamente isso que torna o discurso jurídico, em princípio, ambíguo em relação à *verdade*: é sempre reconhecida mais de uma possibilidade como ponto de partida da discussão (Ibidem, p. 62, grifo do autor).

O professor Ferraz Júnior apresenta a noção de discussão-contrá, em que a ambiguidade se encarrega de nos direcionar ao identificar a relação jurídica como dialógica⁷⁰. "Como tal, ela envolve um tipo característico de questão que denominamos *conflito*, e uma função igualmente típica, que é a de *possibilitar uma decisão*" (ibidem, p. 62, grifo do autor). E aqui, mais uma vez, estamos diante da relação jurídica dialógica, que se reforça ao ser tomada a seguinte assertiva:

O ato decisório é visto aqui como um componente de uma situação de comunicação entendida como um sistema interativo, pois decidir é ato de comportamento que, como tal, é sempre referido a outrem, em diferentes níveis recorrentes. **Decisão é o termo correlato de conflito**, que é entendido como conjunto de alternativas que surgem da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade das condições de avaliação etc., que não preveem, em princípio, parâmetros qualificados de solução, exigindo, por isso mesmo, decisão (Idem, 1980, p. 89, grifamos).

E esse caráter conflitivo e decisório do discurso jurídico que explica o surgimento do terceiro comunicador. "Isso porque o conflito, sendo uma questão de discussão-contrá, em que o discurso é expressão pessoal das partes, tende a se *generalizar*, isto é, a se referir a todas as qualidades e características da outra parte" (1997, p. 62, grifo do autor).

Nesse passo, é importante transcrever a interessante lição de Luhmann (1980), quando fala sobre a generalização:

Isso não quer contudo dizer que a atitude dos não participantes seja pura e simplesmente irrelevante para a legitimação pelo procedimento. Verifica-se exatamente o contrário. A legitimação é a institucionalização do reconhecimento de decisões como obrigatórias. Institucionalização que, porém, dizer que o consenso sobre determinadas expectativas de comportamento sugere e pode ser utilizado como fundamento da ação. Isto só é possível quando o consenso realmente persiste em grande dimensão, ou quando é simulado através da *não declaração* de falta de

⁷⁰ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito, Retórica e Comunicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1997, p. 34 e segs.

consenso. Para poder estabilizar essas conjecturas de consenso relativas ao caráter obrigatório da decisão oficial, tem também de se fazer participar no procedimento os *não participantes*. Claro que eles não terão acesso ao papel de oradores, mas o procedimento, como drama, também a eles se destina. Têm de chegar à convicção de que tudo se passa naturalmente, de que pelo esforço sério, justo e intenso se investigará a verdade e a justiça e que, eventualmente, com a ajuda destas instituições, também eles recuperarão os seus direitos. Se esta atitude está efetivamente divulgada, ou se ela for supostamente divulgada com base na situação de comunicação, aquele que se quer revoltar contra uma decisão obrigatória não pode contar com o apoio dos outros. O seu protesto ser-lhe-á imputado e não atribuído a uma falha da instituição. Aparece como teimosia, critique, estupidez ou, pelo menos, como uma atitude de vida extravagante e praticamente irracional. Com esta interpretação a condição do problema não se pode divulgar, fica apenas circunscrita ao único interessado (p. 104, grifos do autor).

Em nota de rodapé busca ilustrar o ponto de vista apresentado:

Quem encarar o ponto de vista do indivíduo terá tendência para ver já uma injustiça já na distribuição das oportunidades. Ver, por exemplo, o processo contra "that universal institution-workshop through which Sacco and Vanzetti were put to death" (aquele culto universal da instituição através do qual Sacco e Vanzetti foram condenados à morte) de Floyd H. Allport: *Institutional Behavior. Essays Toward a Re-interpretation of Contemporary Organization* (Comportamento institucional. Ensaio em direção a uma reinterpretação da organização social contemporânea), Chapel Hill 1933, pags. 106 e segs (Idem, *ibidem*, 104-105, nota 5).

Vê-se que a questão conflitiva constitui um "dubium" "na medida em que uma ação linguística é contestada em relação a um terceiro comunicador que pode ser um árbitro, um juiz e que, genericamente, pode ser designado como *norma*" (Ferraz Júnior, 1997, p. 63, grifo do autor). Esse terceiro comunicador é o garante da seriedade do conflito, possibilitando que o discurso seja um discurso racional, na medida em que as questões conflitivas estão submetidas ao dever de prova. "Elas ocorrem apenas em relação a uma conexão compreensiva já existente, mas que, dada a participação peculiar do ouvinte, não mediatiza uma certeza, ao contrário, abre um leque de possibilidades" (*Ibidem*). "Tomando à sério" o conflito e a segunda regra do diálogo, enxerga-se que nem tudo pode ser conflito. Acrescentando-se a isso, que a ocorrência é temporal, com a participação do terceiro comunicador.

Ele é ao mesmo tempo provisoriamente suspenso e mantido, o que *dá tempo* para que seja *discutido*: entre orador e ouvinte há, assim, uma distância temporal que lhes permite separar a emissão da ação linguística da sua recepção, o que envolve o estabelecimento de regras temporais em termos de *prazos* (*ibidem*, p. 63, grifo do autor).

Essa caracterização do conflito jurídico como "dubium", que apresenta uma ou mais alternativas incompatíveis em relação à norma, não é suficiente para diferenciá-lo. Outros elementos devem ser levados em conta para melhor caracterização do conflito jurídico.

Assim, o aparecimento do terceiro comunicador não significa que este altere o conteúdo da situação comunicativa diádica, como se ouvinte e orador fossem, por meio dele, despojados de suas opções e perspectivas, retirados do contexto

situacional e transportados para um "mundo ideal", cujas condições vitais fossem diferentes daquelas que teriam conduzido. Não são, pois, motivos materiais que levam os parceiros da situação comunicativa diádica a recorrerem a um terceiro comunicador, mas sim o modo do procedimento que entre eles, então, se instaura: um procedimento de solução de conflitos que garante, com mais segurança que outros (religiosos, políticos, sociais de modo geral), os resultados (Ibidem, p. 63).

Tal ocorre porque as normas em princípio não têm conteúdo material próprio, ao contrário da vida social, nem tão pouco instaura um campo axiológico materialmente seu, no que chama a atenção o fato de que os postulados da justiça serem preenchidos de outros valores sociais. Outro ponto a ser destacado, que poderia ser chamado de segundo ponto, é que o terceiro comunicador goza de uma qualidade comunicativa específica a qual se localiza no seu próprio modo de falar: "suas ações linguísticas não são nem proposições puramente valorativas ("não se deve matar") nem puramente fáticas ("há homens que matam outros homens"), mas algo peculiar ("quem matar será punido")" (Ibidem, p. 64). Por último, o conflito que se estabelece é "em relação à norma uma questão levada a sério no sentido de um *conflito institucionalizado*" (Ibidem, p. 64, grifo do autor). Tais aspectos fazem com que o "dubium" conflitivo passe a referir-se também ao procedimento decisório e, "pois, à participação do que decide, atribuindo-lhe um comportamento peculiar, no que se refere à capacidade de decidir conflitos" (1980, p. 91).

Tratando ainda dos conflitos e decisões, Ferraz Júnior observa que no conflito jurídico, diferentemente de outros (sociais, políticos, religiosos, etc.), a decisão possui a capacidade de terminá-los e não apenas de solucioná-los. O significado de tal afirmação é que a decisão jurídica "(a lei, a norma consuetudinária, a sentença do juiz etc.) impede a continuação de um conflito: ela não o termina através de uma solução, mas o soluciona pondo-lhe um fim" (1980). Diante da afirmação é necessário esclarecer que por um fim não significa eliminar o "dubium" inicial, formado na relação diádica, "mas trazê-lo para a situação triádica, em que ele se torna *decidível*" (1997, p. 65, grifo do autor).

Isso se esclarece se observarmos que nos procedimentos judiciais, por exemplo, constitui-se uma situação em que, primordialmente, se garante que os conflitantes não decidam eles próprios sobre o conflito, mas assumam o *papel de partes*, atribuindo-o mutuamente, o que cria, então, as condições para a decidibilidade do conflito (Ibidem, p. 65, grifo do autor).

Exemplo recente e que salta aos olhos, no que diz respeito a uma sentença judicial, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a reserva indígena "Raposa Serra do Sol". Como construção legiferante, em sentido amplo, poderíamos tomar o próprio Decreto 534/2005. Aqui encontraríamos a formação imediata da relação triádica com a intervenção estatal, com a finalidade apresentar uma possibilidade de solução diante do "dubium" que se

formara. No entanto, apesar da linguagem peculiar utilizada, não foi suficiente para afastar o conflito anteriormente estabelecido entre as partes. Houve para a hipótese, a necessidade da intervenção estatal, mais uma vez como um terceiro, em reforço à relação triádica para, agora então, como uma relação jurídica, por um fim ao conflito. A menção à Petição 3388/RR é feita apenas para ilustrar a relação do “dubium” e as diversas possibilidades de soluções que se apontam, bem assim, a de complexidade social.

É necessário salientar que as normas, portanto, terminam os conflitos na medida em que elas os institucionalizam. Observe-se, no entanto, que as questões conflitivas nunca perdem a reflexividade, “isto é, um conflito é sempre um conflito sobre o conflito, a possibilidade de se questionar o próprio conflito como tal não se exclui” (Ibidem, p. 65)⁷¹.

O professor Ferraz Júnior complementa:

Aí se revela, entretanto, o caráter peculiar do discurso jurídico como *discussão-contra*, na medida em que ele cria as condições para o comportamento dos partícipes como partes, estabelecendo uma instância que neutraliza a atividade e reatividade direta dos conflitantes uns em relação aos outros, trazendo para a situação uma nova regra de procedimento que garante (institucionaliza) o conflito: no conflito institucionalizado (conflito jurídico) não se questiona o “direto ao conflito”, ao mesmo tempo em que se determinam quais conflitos são permitidos e quais são proibidos (1997, p. 65).

Dessa forma, enquanto discussão-contra, o discurso jurídico possibilita a situação de que cada um é dono de sua verdade e dispõe-se a expô-la, convincentemente, de modo a angariar o seu convencimento, sua adesão, fazendo abandonar sua opinião e aceitar outra. Obriga, assim, que a apresentação de seus argumentos passe pela assunção do papel de parte conflitante, hipótese em que as estratégias dialógicas visam a persuadir um ao outro “de que cada qual está, ele próprio, persuadido daquilo que diz” (Ibidem, p. 66).

A fundamentação jurídica, por isso, deve ser persuasiva enquanto apresentação de *motivos de decisão*. Vê-se por aí o caráter específico do discurso jurídico e sua técnica de tratamento de problemas, que permitem a apresentação como corretas de decisões obtidas de premissas e informações que eram mais ou menos obscuras, inseguras ou discutíveis (ibidem, p. 66, grifo do autor).

Dessa forma, o discurso jurídico vai estabelecer entre as partes uma dependência recíproca descontinuada e dinâmica, que as levam a cooperar, ceder, exigir etc. Surgem, assim, diversos relacionamentos nos quais as táticas do discurso “configuram estratégias por meio das quais cada parte está obrigada não só a levar em conta a estratégia da outra, mas

⁷¹ Apesar do exemplo em que se traz tema polêmico, não há a necessidade de que a participação do terceiro comunicador estabeleça-se somente em hipóteses como tais. Diferentemente, deixamos consignado acima, que tomando o modo de participação ela pode ser de coordenação, subordinação, etc., mas sempre institucionalizado.

também a planejar o seu comportamento" (Ibidem, p. 66), o que deve ser feito não somente em relação a cada procedimento singular, mas sim em função dos procedimentos futuros. As partes se veem obrigadas pelo discurso a uma "generalização prospectiva das perspectivas" (Ibidem, p. 66). E assim o são conforme lhes atribui uma validade de duração, e quando necessário contrafática. Nas perspectivas generalizadas prospectivamente exprime-se uma "pretensão de comportamentos que pode ser assumida também com referência a comportamentos divergentes". Vê-se a ambivalência do discurso jurídico, onde estão combinados o fático e o contrafático, este último no sentido de uma eventual decepção, que é generalizada concomitantemente.

O discurso jurídico, nesses termos, torna objetiva a dimensão comunicativa subjetiva em que os partícipes da discussão se encontram, permitindo-lhes um panorama da complexidade das suas relações, na medida em que certas possibilidades são antecipadas, o que nos autoriza a conceber cada decisão singular como um momento entre outros (Ibidem, p. 66)⁷².

Deixa-se, dessa forma, delimitado o campo específico do discurso jurídico, da maneira como concebido. Deve-se consignar, que as noções de questões conflitivas e decisão não se circunscreve apenas com a lide processual, mas refere-se a toda questão de alternativas incompatíveis. Da mesma forma a decisão deve ser entendida com sentido mais amplo, para englobar não apenas a decisão judiciária, mas também as decisões legislativas, o ato administrativo, etc.

A qualificação da situação comunicativa jurídica como apresentada necessita, ainda, de análise sobre a reflexividade das questões conflitivas, em especial como aspecto dialógico do discurso jurídico. Essa tarefa é que se vai desenvolver em seguida.

6.3 REFLEXIVIDADE E DISCURSO JURÍDICO.

A reflexividade, conforme foi exposta, é a qualidade das questões dúbias, em virtude da participação do orador e do ouvinte. É a identificação da situação comunicativa jurídica, a qual manifesta uma estrutura dialógica de discussão-contra, que nos obriga a análise da

⁷² Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed..Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 221 e segs.

qualidade reflexiva das questões conflitivas no âmbito do Direito. O conflito institucionalizado, "dubium" jurídico, é eminentemente reflexivo:

Na medida em que a constituição de alternativa em relação a uma norma pode ser de novo questionada, isto é, o que se questiona, então não são as possibilidades estruturadas em alternativas, mas a própria *relação* à norma que permite essa estruturação (1997, p. 67, grifo do autor).

Com isso instala-se, reflexivamente, o *dubium* jurídico na própria norma (grifamos). Afirma-se com isto que há na norma uma estrutura que abre a possibilidades alternativas, como também, as próprias normas apresentam estruturas semelhantes podendo ser questionadas em virtude de outras normas, alternativas, portanto.

Ferraz Júnior citando as observações de Kalinowski (1965) afirma que "as regras de substituição do 'sistema linguístico' do direito pertencem ao 'sistema como tal', isto é, elas também são regras jurídicas" (1997, p. 67).

Ao atribuir o objeto do discurso como "dubium", busca identificar um discurso dialógico identificado com o próprio direito, assim também o estabelecimento de uma *discussão-contra* o que reflexivamente pressupõe uma discussão-contra (grifamos). Insere, aí a própria norma como centro do diálogo e estabelece que o direito não é apenas um discurso sobre o direito, mas é, o próprio discurso, normativo.

A captação do objeto do discurso jurídico como um *dubium* que não só se refere a uma norma mas que se instaura dentro da própria norma, em termos de reflexividade, permite-nos entender a dialogicidade própria do direito como *dialogicidade normativa*. Sendo a norma jurídica não um *a priori* formal, mas, ela própria, o produto de um processo decisório multidimensional, sob o ponto de vista do discurso, ela é uma ação linguística racional, no sentido do discurso fundamentante. Produto de uma decisão, a norma jurídica *decide*, por sua vez, sobre eventuais conflitos, resultantes da recusa de comunicar-se dos parceiros sociais. Em nossa terminologia, diríamos que a norma instaura uma *discussão-contra* e, concomitantemente, em termos de reflexividade, ela pressupõe também uma *discussão-contra*. Em ambos os casos, a própria norma permanece sempre como o centro dialógico. Neste sentido, o direito não é apenas um discurso *sobre* normas, mas é, ele próprio, normativo. Daí o caráter normativo da sua dialogicidade, no sentido de que estamos, no plano jurídico, obrigados a dialogar (Ibidem, p. 68, grifo do autor).

Até aqui ficaram claras a aplicação de um modelo retórico a fundamentar uma teoria normativa do direito. A questão que se põe agora é a possibilidade de utilização de tais ideias a fundamentar uma possível teoria interpretativa do direito. Na utilização de um modelo retórico, com destaque da abordagem do aspecto pragmático, a análise do discurso pode fundamentar uma teoria pragmática da interpretação?

Buscando responder a esta questão é que se desenvolve os próximos capítulos.

Capítulo VII

Uma definição de Interpretação.

A partir deste ponto, procuraremos abordar a interpretação das normas jurídicas, tomando a perspectiva até aqui ensaiada. A pragmática jurídica, em seus âmbitos comunicacionais, a decisão diante de uma questão conflitiva e a situação comunicativa apresentada.

Antes, porém, do ingresso no campo próprio de uma possível teoria de interpretação jurídico-pragmática. É necessária a abordagem de pontos essenciais à compreensão de uma teoria assim proposta.

Assim, é de significativa importância o estabelecimento de conceitos basilares da interpretação para buscar-se a construção de uma interpretação jurídica, tomando como metódica a valorização do aspecto pragmático da língua e o caminho da teoria da argumentação.

Partamos, então, para esta tarefa, como dizem os alemães "Sofort".

7.1 INTRODUÇÃO.

Podemos afirmar que a pragmática é a parte da teoria da linguagem que se encarrega – entre outras coisas⁷³ – de explicar os princípios do uso da linguagem que permitem que os

⁷³ Esta ressalva é necessária porque a pragmática lida não só com os usos comunicativos ou sociais da linguagem, mas também com os usos que são, de certo modo, puramente privados (como por exemplo, no raciocínio, na solução de problemas, nos sonhos etc.) Ela pode ser então subdividida em 'sociopragmática e psicopragmática, como referenciado na primeira parte do presente trabalho.

usuários de uma língua possam se compreender mutuamente, isto é, possam interpretar adequadamente, no contexto de uso, elocuições ou textos (DASCAL, 2006, p. 342).

Viola e Zaccaria chamam a atenção ao afirmarem:

Después de haber explorado las razones por las que es necesaria la coordinación jurídica de las acciones sociales, es preciso indicar los problemas relativos al dinamismo interno del proceso de coordinación guiado por el derecho. Como se ha visto, el sentido del derecho es el de favorecer la comunicación entre individuos y grupos extraños entre sí. La convivencia y la coexistencia son fenómenos comunicativos. El derecho se sirve de la comunicación y él mismo es comunicación (2007, p. 98).

Imediatamente é necessário a busca uma definição mínima do que vem a ser a interpretação que se elabora no âmbito do direito, sem perder de vista a fundamentação teórica acatada explicitamente na primeira parte do trabalho.

Para encontrar uma definição mínima é necessário passar por uma possível distinção entre interpretação e interpretação jurídica; discutir o compreender, explicar e decidir; analisar as características principais da interpretação jurídica; compreender a atividade do intérprete jurista na identificação do direito existente ou a criação de novo direito; e a função da dogmática jurídica nestas interações, ainda que façamos pela via da investigação zetética.

Passemos, portanto, à análise destes aspectos.

7.2 INTERPRETAÇÃO E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

Dúvidas não devem prevalecer de que em qualquer momento e a cada ato, sejam eles os mais relevantes ou aqueles que aparentam mais secundários, "toda nossa experiência está caracterizada pela centralidade do fenômeno interpretação" (VIOLA e ZACCARI. 2007, p. 113). E esta interpretação deve ser entendida em seu sentido mais amplo e genérico, qual seja atividade intelectual de aprendizado, de crítica, bem como a seleção e juízos, aos quais se dirigem à identificação dos conteúdos expressos na linguagem, atribuindo-se significados e enunciados linguísticos. No mesmo sentido é a definição de Maximiliano, já estabelecendo um conceito do âmbito da ciência do direito, no que diz respeito à interpretação jurídica, ao

afirmar que interpretar é "determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito" (2009, p. 1).

Como procura e atribuição de sentido, a interpretação pode referir-se não só a enunciados linguísticos, mas também a entidades e acontecimentos extralinguísticos, tal como o comportamento humano. Além dos textos, pode referir-se a fatos, atos, a prática, a hábitos e costumes, dos quais se quer captar o sentido interno. "Estas operaciones, cognoscitivas, además de representar una actividad intelectual, nos transforman a su vez, implicándonos como personas en procedimiento dinámicos, y por esto constituyen un compromiso vital" (VIOLA; ZACCARI, 2007, p. 115).

Fazendo uma crítica veemente quanto ao modismo intelectual construído em torno da interpretação, transformando-o, por vezes, em um jargão que funciona como ornamento a conclusões céticas sobre direito, psicologia, física ou praticamente para qualquer outra coisa, Michael S. Moore afirma:

Tudo isso é perturbador para aqueles de nós que se interessavam pela interpretação antes que ela se tornasse moda. Não é apenas a infelicidade que sentimos quando símbolos de nossa personalidade são apropriados pelas massas - como quando os *hippies* fizeram dos *blue jeans* um uniforme, ou quando os *yuppies* fizeram dos BMWs um automóvel de *status* elevado. Trata-se antes do desagrado de ver um conceito útil transformado num exemplo de retórica vazia. É como a aflição que um cirurgião sentiria se, depois de calibrar suas habilidades e instrumentos para uma operação delicada, descobrisse que outros jogaram lama nos seus bisturis (*In* MARMOR. 2000, p. 4, grifos do autor).

E tal afirmação não nos impede de perceber que em qualquer momento que se assume uma posição filosófica, deixe-se ver uma atitude cultural ou mesmo se adote uma postura política, qual seja a manifestação de uma determinada perspectiva pessoal de tipo singular, não será possível alcançar um plano de compreensão sobre esta tomada de posição especialmente. A obra da interpretação é vista como o elo entre as intenções dos homens e os objetivos de seus comportamentos. Todos os homens são, à semelhança de Hermes da Odisseia homérica, transportadores de intenção, e consequentemente, como autores de interpretações, intermediários (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 115)⁷⁴.

É possível afirmar que o homem não é capaz de encontrar as expressões completamente adequadas às suas intenções, apesar das diversas tentativas de buscar uma língua "científica" capaz de expressar perfeitamente tais intenções, a exemplo da tentativa do

⁷⁴ Ao fazer-se tal afirmação não quer aderir ao relativismo, ou generalizar a noção de interpretação, como se verá mais adiante.

círculo de Viena, pode-se identificar que esta impossibilidade é precisamente o que em sua finitude o constitui. Viola e Zaccaria acrescentam:

La específica actividad interpretativa que se concreta en la comprensión de un texto jurídico o literario o en la interpretación de una obra de arte, mucho antes de configurarse según específicas modalidades técnicas, se presenta como una forma general de la existencia humana y del contexto de efectos históricos y de tradiciones sociales que envuelve al hombre. Por tanto, une al sujeto que comprende y al objeto que hay que comprender en un encuentro que recíprocamente los transforma y en el cual está en juego el mismo ser del intérprete: acomoda así, en el ejercicio de la interpretación, las razones de la fidelidad y de la continuidad y el riesgo de la innovación (Ibidem, p. 116).

Marcelo Dascal toma por empréstimo a interessante definição Wroblewski, sobre a interpretação, literalmente:

a) 'Interpretação' *latíssimo sensu* [interpretação – LS] refere-se a qualquer compreensão de qualquer objeto como um objeto de cultura, por meio da atribuição ao substrato material desse objeto de um significado, um sentido ou um valor. Esse conceito é, filosoficamente, uma das bases para a alegação de que as ciências humanas, que lidam com tais objetos 'significativos', deveriam ser metodologicamente distintas das ciências naturais (ver Rickert, 1911). A hermenêutica textual e filosófica costuma chamar a atenção para esse tipo de compreensão ou interpretação (ver Gadamer, 1976; ver Capítulo 29).

b) 'interpretação' *latu sensu* [interpretação-L] refere-se a uma atribuição de significado a signo tratado como se pertencesse a uma determinada língua e sendo usado de acordo com as suas regras e as práticas comunicativas aceitas. Compreender um signo linguístico significa, então, L-interpretá-lo. A semântica e, como veremos adiante, a pragmática ocupam-se desse tipo de interpretação.

c) 'interpretação' *strictu sensu* [interpretação-S] refere-se a uma atribuição de significado a signo linguístico no caso do seu significado ser duvidoso em uma situação comunicativa, isto é, no caso de sua 'compreensão direta' não ser suficiente para o propósito comunicativo em vista. Ao contrário da interpretação-L, a interpretação-S se refere, portanto, apenas à compreensão 'problemática', devido a fenômenos como obscuridade, ambiguidades, metáfora, implicitude, indiretividade, alteração de significado etc. A prática legal enfrenta esses problemas com frequência e há, conseqüentemente, uma tendência a ver esse tipo de 'interpretação' como a única relevante para o direito. A pragmática, em seu sentido estrito, também tende a enfocar exclusivamente a compreensão 'problemática', isto é, os casos em que somente a semântica não é o bastante para determinar o significado de signo linguístico e nos quais, por isso, a informação contextual deve ser tomada em consideração. (DASCAL, 2007, p. 343).

Com a finalidade de dar maior precisão à temática que se aborda, é necessário restringir e precisar o significado muitas vezes amplo, outras tantas genérico, com o qual se usa o termo interpretação. Viola e Zaccaria apresenta a definição aproximada de que a interpretação é a "atividade que capta e atribui significados a partir de determinado signos", e acrescentam:

Signos que puede ser de la más diversa naturaleza: pueden estar constituidos por textos escritos, por palabras o por discursos pronunciados en determinadas circunstancias - pertenecerán entonces al ámbito de una actividad discursiva -, pero

también pueden estar representados por comportamientos. De hecho no emitimos signos sólo con nuestras palabras, sino también con nuestras acciones que dan forma a nuestra existencia individual y social. Toda serie de signos a interpretar instituye necesariamente una relación con algo que es externo a ella, es un itinerario dinámico que abre un camino [Eco] (Ibidem, p. 116).

Aponta, assim, a intenção como elemento que confere uma direcionalidade, um movimento em direção a alguém ou a algo, tomando como ponto de partida as condições históricas de quem está em um conjunto complexo de intenções que se entrecruzam. Complementa, afirmando que "interpretar um texto significa, então, entrar em diálogo com uma realidade mais ampla, com um contexto no qual o texto escrito converte-se em algo vivo e real" (Ibidem, p. 116). Como participantes de uma conversação, interpretar determinados sinais ou mesmo determinadas palavras significa captar o significado de algo mais do que simplesmente foi dito ou até mesmo feito. Em uma conversa há pretensão de expressar-se muito mais do que aquilo que é identificado pelo significado literal das palavras. Conforme ressaltado por Grice, o significado que é entendido pelo falante é produto de suas expectativas a respeito do que o ouvinte pensa como implicado em seu próprio discurso conversacional (*in* DASCAL, 1982, p. 85-88).

Este ingrediente para a análise do comportamento humano impõe à interpretação atuar de maneira mais ampla do que os enunciados linguísticos propriamente ditos. Um comportamento humano pode parecer significativo, ainda que o seu autor não possua a consciência de que expressa significado através dele (ECO. 2003, p. 60-62). É importante ressaltar que desde a primeira parte, onde está exposta a fundamentação teórica do presente trabalho, bem como neste início de análise da interpretação, está presente a noção de alteridade, de relação entre os sujeitos participantes da relação linguística, bem como do objeto da comunicação. Destaca-se, desde a análise ontológico-fundamental de Hans Georg Gadamer, uma fusão de horizontes, com a finalidade específica de apresentar que a compreensão é entendida como inserido no meio de um processo histórico, "mesclando para isto uma mediação de significado com a situação do intérprete, então não consiste em uma misteriosa comunhão de almas, senão na participação em um sentido comum" (*apud* VIOLA; ZACCARIA, ibidem, p. 117).

A presença dos participantes da relação comunicativa pode dar-se fisicamente ou não no instante da emissão do discurso, desde que possam fazer parte de um contexto linguístico comum, de um mundo de significados previamente compartilhados.

Habitualmente los significados (de un texto, de un discurso, de un comportamiento) están estrictamente unidos a los estados mentales de los destinatarios: la

interpretación de un texto está guiada por las expectativas del lector y por la comparación de pensamiento con las diversas posibilidades que el texto les ofrece, mientras que la interpretación de una palabra o de un discurso depende de lo que su autor y destinatario tienen en común. El significado de un se enraíza en la práctica de un intercambio lingüístico, aunque no se pueda reducir a tal intercambio (Ibidem, p. 117).

Retoma-se, aqui, a imposição de regras específicas do discurso para evitar-se que a interpretação possa conduzir ao regresso infinito. As regras dos diálogos são introduzidas a partir da situação comunicativa. Conforme exposto acima, as regras gerais e básicas do discurso dialógico consistem em: a) toda ação linguística pode ser questionada; b) a ação linguística primária do orador não pode ser atacada pelo ouvinte, já que eventualmente ela pode ser defendida pelo orador, redundando que o ouvinte limita-se a ela; c) por último, o orador não pode mais por em dúvida a sua ação linguística primária⁷⁵. Já em Wittgenstein é possível identificar a correção de posição que possibilitaria conceber a interpretação como regresso ao infinito, que consiste na substituição de um signo por outros (2002, p. 335). Mais que proceder à identificação de uma determinada entidade associada a um signo, o significado é ligado à sua utilização em um determinado contexto no qual o orador possa reconhecer. Viola e Zaccaria apontam o exemplo da significação do sinal de trânsito em um cruzamento e dar a preferência para direita ou para a esquerda pressupõe, como sua condição necessária, uma relação sistemática entre emissor e destinatário que permita a transmissão de informações eficazes (Ibidem, p. 118).

É justamente na interpretação das expressões linguísticas que vai ser fundada a tese do método único para as ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*)⁷⁶ no final do século XIX e início do século XX, desenvolvida por Wilhelm Dilthey (1992), posteriormente Max Weber (2004), sendo difundida em toda a Europa. Há um profundo liame entre as práticas interpretativas no conjunto das ciências humanas e sociais, bem assim com a filosofia hermenêutica de Gadamer. Viola e Zaccaria destacam a sua natureza essencialmente intermediária, que se coloca entre a universalidade do texto e o aspecto fático, concreto, da situação histórica (2007, p. 118). E acrescenta:

Si se tiene en cuenta, en efecto, que las singulares interpretaciones regionales non son fenómenos exclusivamente sectoriales, sino que se reconducen a la naturaleza de la interpretación en general, es más fácil evitar el error de transferir a la interpretación en cuanto tal características propias de una singular - aunque importante - práctica interpretativa "regional". También en esta perspectiva es ciertamente útil - como sucede con frecuencia en la teoría contemporánea del derecho - comparar la interpretación jurídica con otros tipos paradigmáticos de

⁷⁵ Capítulo VI.

⁷⁶ Que poderia ser traduzida por Ciências Humanas, ou das humanidades ou até mesmo da mente.

interpretación, como la interpretación literaria, la artística, la musical o la bíblica, con algunas de las cuales es posible que se tenga una familiaridad más frecuente de cuanto sucede en el campo jurídico (grifo do original) (Ibidem, p. 118).

Apesar de não ser possível o aprofundamento desta discussão, no que diz respeito à observação colacionada acima, é necessário reconhecer que arte, religião, direito usam linguagens diversas e "constituem mundos" (Ibidem) que possuem suas próprias regras de pertinência e plausibilidade. Tal pluralidade de mundo corresponde a uma pluralidade de tipos de discurso, jurídico, teológico, literário, histórico, artístico etc., bem como tipos de linguagens diversas, a respeito das quais é legítimo investigar seus cânones interpretativos próprios.

Com tal afirmativa, podemos lançar a pergunta: a interpretação jurídica é uma espécie do gênero interpretação? Ou é uma realidade diversa de qualquer outra interpretação? Enfim, há como acentuar mais a diferença que a semelhança entre a interpretação jurídica e as demais? Viola e Zaccaria apresenta como resposta possível, em um dos casos, com uma operação epistemologicamente redutiva, corre-se o risco redimensionar a riqueza deste tipo de linguagem a qual é dotada de um sofisticado aparato conceitual que é a linguagem jurídica. Para o outro caso, arrisca-se perder contato com a pertinência do direito a contexto de compreensão mais amplo (Ibidem, p. 119). Não se pode apresentar uma resposta definitiva para o momento. No entanto, pode-se apresentar um caminho possível, reafirmando a estreita ligação entre os diversos tipos de interpretação sem abrir mão dos aspectos específicos e peculiares que são próprios à interpretação jurídica.

Para não fugirmos, no entanto, à busca inicial do que podemos entender por interpretação, é necessário apresentar alguns pontos sobre nosso entendimento. Se a fala se refere ao uso atual da língua, falar é dar a entender alguma coisa a alguém mediante símbolos linguísticos, sendo, portanto, um fenômeno comunicativo. Exige-se um emissor, um receptor e a troca de mensagens. Falar em português a um chinês e olhar seu ar de desamparo não é falar (FERRAZ JUNIOR. 2001, p. 261).

Quem envia uma mensagem comunica um complexo simbólico que é selecionado pelo ouvinte. Porém, pode não ser coincidente. Essa não coincidência dupla (de lado a lado – emissor e receptor) constitui a contingência dupla da fala.

Podemos chamar essa seletividade de interpretação. Interpretar, portanto, é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva. Dizemos também, em consequência, que toda interpretação é duplamente contingente. Ora, essa contingência tem de ser controlada, ou a fala não se realiza. Para seu controle

precisamos de códigos, isto é, seletividades fortalecidas a que ambos os comunicadores têm acesso, que podem ser fruto de convenções implícitas ou explícitas (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 256).

É nesse universo de complexidade que se coloca o problema da interpretação. E para interpretar temos de decodificar os símbolos no seu uso, o que significa conhecer as regras de controle de denotação e conotação (regras semânticas), de controle das combinatórias possíveis (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas).

7.3 COMPREENDER, EXPLICAR E DECIDIR: O APRENDER E ENSINAR.

Adotamos o enfoque doutrinário de que o discurso jurídico deve privilegiar o aspecto dialógico, numa relação de aprender e ensinar. Afirmamos também que a reação do ouvinte, no discurso dialógico, no modelo pergunta-resposta é acentuado pelo aspecto pergunta, o que gera um "dubium". Quando se qualifica uma questão como um "dubium", significa concebê-la como complexidade. De outro lado, caracterizado o "dubium" conflitivo, busca-se solucioná-lo, terminá-lo, através de uma decisão. Para alcançar esta decisão é necessário delimitar o conteúdo da ação linguística, o que se fará através da interpretação. Nesse passo é importante que nos concentremos na compreensão e explicação de ato comunicativo, especialmente no âmbito jurídico.

Saliente-se, que quem realiza um ato comunicativo tem a expectativa de ser entendido. Este ato gera um dever de para o destinatário, o dever de compreender (DASCAL, 2007, p. 105-123). Mas para buscar-se o compreender temos de nos referir ao explicar e visando uma melhor delimitação da nossa temática é que passamos a uma pequena análise das concepções de compreender, explicar e decidir. O que é empreendido a partir deste momento.

A expressão interpretação pode referir-se a duas coisas diferentes as quais é oportuno manter-se separado, embora em virtude do fato de estarem internamente ligadas, é hábito comum, que é confirmado pelo uso linguístico, evitar distingui-las e considerá-las como entidade linguística única (VIOLA; ZACCARIA 2007, p. 120).

Apresenta-se, desta maneira, duas formas distintas de interpretação. A primeira como a atividade que atribui significado a um documento, a expressão linguística, a um comportamento humano. Caracteriza-se aqui uma espécie de interpretação atividade.

Por una parte "interpretación" indica la actividad de atribución de significado a un documento, a una expresión lingüística, a un comportamiento humano: en este sentido, es sinónimo de interpretar, o sea, designa un acto o una serie de actos a través de los cuales se desarrolla la actividad de interpretación (Ibidem, p. 120)

A segunda forma de interpretação refere-se ao produto da interpretação, ao seu resultado, a qual podemos chamar de interpretação produto.

Por otra parte, "interpretación" se refiere al resultado de tal actividad, en suma al producto del interpretar: en el caso específico de los jueces o de los funcionarios administrativos, o sea, de los sujetos cuya actividad interpretativa implica efectos relevantes en las situaciones jurídicas de otros sujetos, el fruto de la obra interpretativa está incluido en un documento jurídico que reformula enunciados legislativos (Ibidem, p. 120).

De ver-se que a concepção apresentada, encontra confirmação na riqueza terminológica que as línguas moderna designa o fenômeno interpretativo, exemplificativamente: "Auslegung/Interpretation; explanation/interpretation; explication/interpretation". Como nos chama a atenção Viola e Zaccaria, estas expressões designam uma atividade orientada a explicar, a desenvolver. Ao mesmo, porém, em virtude do efeito translatório que os termos vão assumindo, conotando não só uma atividade material, mas também um procedimento cognoscitivo, também designam o resultado deste procedimento, o produto da prestação interpretativa (2007, p. 120-121).

A riqueza da linguagem nos conduz à riqueza do fenômeno interpretativo, que a distinção entre interpretação-atividade e interpretação-produto deixa transparecer: a dicotomia que encontramos em toda interpretação entre explicar e compreender.

É necessário chamar a atenção para o fato de diante da dicotomia destacada, não resta afastada a dialogicidade do discurso, embora seja difícil de identificar em uma conversação, na medida em que a compreensão permite surgir a insegurança no ouvinte, levando-o ao questionamento. Sublinha o aspecto "dubium", necessariamente permeado pela reflexividade do discurso.

A reflexão que nos leva à dicotomia mencionada, deve-se às reflexões do final do século Dezenove, particularmente a Dilthey (1992). Esta reflexão diferencia o aspecto de explicar, como próprio das ciências da natureza e o aspecto compreender do âmbito das ciências do espírito. Viola e Zaccaria explicita:

El *explicar* viene referido por consiguiente a los aspectos objetivos de conocer, el *comprender* a los aspectos subjetivos. Más aún: el *explicar* es un procedimiento que representa casos particulares como elementos específicos de un fenómeno general, el *comprender* se interesa por el "significado" y por el "valor" de los fenómenos (Idem, p. 121, grifo do autor).

Ricoeur ressalta que quando explicamos alguma coisa a alguém há uma suposição de que este último compreenda e que possa explicar o que compreendeu a um terceiro. Há portanto uma tendência de sobrepor-se e transitar uma a outra. Pode-se supor que "na explicação explicamos ou desdobramos o âmbito das proposições e significados, ao passo que na compreensão compreendemos ou apreendemos como um todo a cadeia dos sentidos parciais num único ato de síntese" (2000, p. 84).

Assim, podemos afirmar que o primeiro atua através de uma cadeia de causas e efeitos, ao passo que o segundo contempla os modos como se chega aos fatos. Em outras palavras, o explicar é atemporal; o compreender é histórico.

Viola e Zaccaria destacam que não é difícil reconhecer que não é possível explicar sem compreender e que não é possível compreender sem explicar.

De hecho no hay descripción ni explicación de hechos que pueda abstraerse de modo con que se los mira, y que pueda prescindir de participar en una comunicación intersubjetiva, ya que la comprensión de lenguaje no es posible fuera de una forma de vida que encarna una serie de reglas y de prácticas compartidas. Como asimismo, a la inversa, no es posible la orientación en el mundo si se prescinde de las explicaciones necesarias para recorrer tal orientación. Si toda interpretación de fenómenos individuales empieza con una hipótesis, que en el desarrollo de la comprensión es convalidada, corregida o rechazada, el "comprender" es también un proceder según reglas (Idem, p. 121).

Ricoeur salienta entretanto que a polaridade incoativa, que se estabelece entre explicação e compreensão, obscura para ser percebida no processo de comunicação da conversação, torna-se uma dualidade visivelmente contrastada na hermenêutica romântica. "Cada termo do par representa aí um modo distinto e irreduzível de inteligibilidade"(2000, p. 84). E acrescenta:

A explicação encontra o seu campo paradigmático de aplicação nas ciências naturais. Quando há factos externos a observar, hipóteses a submeter à verificação empírica, leis gerais para cobrir tais factos, teorias para conter as leis num todo sistemático, e a subordinação de generalizações empíricas a procedimentos hipotético-dedutivos, então, podemos dizer que "explicamos". E o correlato apropriado da explicação é a natureza entendida como o horizonte comum de factos, leis e teorias, hipóteses, verificações e deduções (Ibidem, p. 84, grifo do autor).

No que diz respeito à compreensão, Ricoeur leciona:

a compreensão acha o seu campo originário de aplicação nas ciências humanas (as *Geisteswissenschaften* alemãs), onde a ciência tem a ver com a experiência de outros

sujeitos ou de outras mentes semelhantes às nossas. Funda-se no carácter significativo de formas de expressão como signos fisionómicos, gestuais vocais, ou escritos, e em documentos e monumentos que partilham com a escrita o carácter geral de inscrição. Os tipos imediatos de expressão são significativos porque se referem directamente à experiência das outras mentes, que eles veiculam. As outras fontes menos directas como signos escritos, documentos e monumentos não são menos significativos, excepto que nos transmitem as experiências das outras mentes indirectamente, e não de modo directo. A necessidade de interpretar tais signos deriva precisamente do modo indirecto como eles nos transmitem tais experiências. Mas não haveria nenhum problema de interpretação, tomada como um derivativo da compreensão, se as fontes indirectas não fossem expressões imediatas de uma vida psíquica, homogénea das expressões imediatas de uma vida psíquica estranha. A continuidade entre signos directos e indirectos explica porque é que a "empatia", enquanto transferência de nós mesmos para a vida psíquica de outrem, é princípio comum a toda a espécie de compreensão, directa ou indirecta (Ibidem, p. 84-85).

Mais uma vez é necessário ressaltar que tal dicotomia entre compreensão e explicação é simultaneamente epistemológica e ontológica, as quais opõem duas metodologias e duas esferas de realidade, qual seja a natureza e o espírito. Deixa-se consignado que a interpretação não é um terceiro termo nem mesmo designa a dialética entre compreender e explicar. Mas, como ressaltava Ricouer, "um caso particular de compreensão. É a compreensão aplicada às expressões escritas"(Ibidem, p. 85).

As diversas tentativas de excluir um dos termos em favor de outro tem sido como um inevitável destino de esterilizar-se numa fórmula abstrata e conflitiva. Um exemplo de tentativa aconteceu, de um lado, em nome do empirismo, ao reduzir o compreender no explicar, operação própria do Círculo de Viena, e por outro lado na postura romântica, de excluir da compreensão toda análise do tipo objetivo, em nome da subjetividade (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 121).

No campo do direito a dicotomia tem se revelado inadequado frente à dificuldade de colocar os fenômenos jurídicos e as estruturas institucionais dos ordenamentos em um ou outro dos dois planos mencionados. Já mencionava Viehweg a respeito da dicotomia ao analisar a distinção feita entre "techné" e "episteme". Aristóteles estabeleceu a distinção entre "techné" e "episteme", mas essa não é uma preocupação dos juristas romanos. Certo, no entanto, é que havia uma conexão relativamente estreita entre "techné" e "episteme", o que dificulta sobremaneira "fixar o sentido de ambas as palavras univocamente, estabelecendo os termos correspondentes em latim" (1979, p. 54).

Certo, no entanto, que o homem pertence, efetivamente, tanto ao mundo da natureza como ao do espírito. Tomando em conta esse contorno duplice, esse traço misto da ação, sempre constrangida a conectar-se em si mesma momentos entrelaçados de intencionalidade e

causalidade, deduz-se o reconhecimento de uma relação dialética e de complementaridade entre a dimensão do compreender e a do explicar.

Essa dialética é orientada como um compreender o sentido do locutor e compreender o sentido da enunciação constituem um processo circular. Assim leciona Ricoeur:

O desenvolvimento da explicação enquanto processo autónomo parte da exteriorização do evento no sentido, que é completado pela escrita e pelos códigos generativos da literatura. Por conseguinte, a compreensão, que se dirige mais para a unidade intencional do discurso, e a explicação, que visa mais a estrutura analítica do texto, tendem a torna-se os pólos distintos de uma dicotomia desenvolvida. Mas tal dicotomia não vai ao ponto de destruir a dialética inicial do significado do locutor e da enunciação (2007, p. 85-86).

Podemos acrescentar que compreender e explicar, portanto, constituem polaridades reciprocamente entrelaçadas, próprias da interpretação. Esta última é o procedimento complexo e sutilmente dialético que às relaciona e mantém-nas unidas.

Passa-se à interpretação tal como é praticada no âmbito do direito⁷⁷ que é o ponto central do presente trabalho. Toma-se a noção de interpretação normativa, qual seja, destinada à compreensão preordenada à finalidade de regular a ação. Contempla-se, desta forma, a prática concreta e aplicação realizadas, sobretudo, pelos juízes e funcionários administrativos, ressaltando que se busca a decisão de uma questão conflitiva, tendo como parâmetro textos normativos vinculantes que necessitam ser interpretados.

La aplicación incluye y presupone como parte suya integrante a la interpretación, que a su vez contiene en sí misma un aspecto cognitivo y un aspecto re-formulativo y re-productivo (Wittgenstein). Habrá que referirse entonces a una idea de interpretación más amplia que la que se refiere a una actividad meramente cognitiva o reconocitiva, porque incluye no sólo aspectos de conocimiento sino también de decisión (y por ello, de voluntad): y esto ya en la determinación de normas generales a casos individuales. El fin, esencialmente práctico, es suministrar la máxima, sea para decidir, sea para actuar (VIOLLA; ZACCARIA, 2007, p. 122).

O que há de absolutamente específico na interpretação jurídica orientada à decidibilidade está na necessidade atribuir-se um sentido válido não somente para a norma, mas, e principalmente, para a relação comunicativa a qual se manifesta numa relação de autoridade. Assim, é correto afirmar que o momento da decisão não pode ser suprimido do âmbito da interpretação, do contrário estar-se-á diante da postura "juspositivista" tradicional, na qual quem aplica o direito deve limitar-se a operações do tipo lógico-cognoscitivo.

⁷⁷ É importante deixar claro que não se vai trabalhar com uma noção de interpretação jurídica restrita ao plano da operação intelectual que consiste em um ato de conhecimento essencialmente científico.

Kelsen afasta-se de tal perspectiva ao sustentar a liberdade plena do juiz e sua independência de métodos que limitem o ato de eleição entre os diversos significados possíveis de uma norma geral. Desta forma a interpretação não constitui um problema de conhecimento, mas um ato de vontade (Cf. KELSEN, 1991, p. 364-367).

Ahora bien, a diferencia de lo que sostiene Hans Kelsen, la interpretación es también un acto de conocimiento y no sólo de decisión: muchas de las dificultades que inevitablemente encuentra todo discurso sobre la interpretación jurídica provienen precisamente de la naturaleza compuesta del acto interpretativo (Guastini). Si por un lado ningún proceso interpretativo puede excluir momentos de decisión, por el otro ninguna decisión es, en la interpretación jurídica, mero decisionismo, sino elección, o más bien sucederse de actos de elección que se van tomando dentro de un proceso interpretativo (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 123)

A palavra interpretação revela a existência de um discurso que se interpõem, que se posiciona entre aquele que fala e o objeto da comunicação.

En efecto, desde el momento en que se inserta entre quien interpreta y la "cosa" que hay que interpretar el discurso interpretativo al mismo tiempo se pone en comunicación con la "cosa" y viene a representar la única posible llave de acceso a ella. Si de un lado es innegable que "el discurso que se encuentra entre" priva - a causa de su interposición - de la posibilidad de ver directamente el objeto, de otro lado es también cierto que permite acercarse, penetrando en la comprensión hasta alcanzarla (Ibidem, p. 123-124).

Vê-se dessa forma, que a "coisa" a interpretar-se é alcançável exclusivamente através do discurso interpretativo, mas está além do discurso interpretativo e por isso não se reduz a este.

7.4 CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

Apresentamos seção 6.2, do presente capítulo, três concepções de interpretações retiradas por Dascal de Jerzy Wroblewski. Ali informou-se a possibilidade de interpretação "latissimo sensu" - LS, "lato sensu" - L e "stricto sensu" - S. A primeira a referir-se a qualquer compreensão de qualquer objeto e atribuição de significado, sentido ou valor. A segunda, refere-se a atribuição de significado a um signo pertencente a uma língua, de acordo com as regras e práticas comunicacionais aceitas. A última, referindo-se à compreensão problemática devido a fenômenos como obscuridade, ambiguidade, metáfora, implicitude, indiretividade e alteração do significado.

O ponto a ser apresentado diz respeito à problematização da questão a ser interpretada. Não se pode falar em interpretação sem que se analise uma dose de problematização, de obscuridade, de não obviedade o que dá legitimidade a um pluralismo interpretativo, uma diversidade de interpretações possíveis entre si⁷⁸. Podemos retomar a discussão feita anteriormente a respeito da questão do “dubium” e as possibilidades de soluções diante do conflito jurídico. Durante todo o trabalho é essa a nomenclatura que preferimos utilizar, mas não deixamos de prestigiar a expressão cunhada em processo interpretativo da obra de Jerzy Wroblèwski. A semelhança dos sons das palavras hermético e hermenêutico na língua portuguesa liga-se à mitologia grega, com bem destaca Eco:

Fascinada pelo infinito, a civilização grega elabora, ao lado do conceito de identidade e não-contradição, a ideia de metamorfose contínua, simbolizada por Hermes. Hermes é volátil, ambíguo, pai de todas as artes mas deus dos ladrões, *iuvēnis et senex* a um tempo. No mito de hermes são negados os princípios de identidade, de não-contradição e de meio excluído, as cadeias causais enrolam-se sobre si mesmas em espiral, o depois precede o antes, o deus não conhece confins espaciais e pode estar, sob formas diferentes, em diferentes lugares ao mesmo tempo (2004, p.23, grifo do autor).

A pluralidade de interpretações funciona em um espaço interpretativo que exige uma interpretação razoavelmente diversa. No âmbito jurídico esta afirmação é particularmente verdadeira para as normas jurídicas que necessitam ser aplicadas a um caso concreto. E tal se afirma em virtude da característica já apontada de que a norma destina-se a uma decisão de questões conflitivas. Assim, devem ser re-formuladas continuamente e não são claras por todo. "A interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua *inserção na vida*" (GRAU, 2002, p. 70, grifo do autor). Com isto podemos afirmar que não há explicação teórica e preventiva que esteja em situação de satisfazer a exigência de resolver "ex ante" toda dúvida possível a respeito de sua aplicação (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 125). Afasta-se, desta forma, a concepção iluminista que possuía a aspiração da transparência perfeita e a exaustividade racionalista da lei, na qual sustentava que "in claris non fit interpretatio", a qual traz consigo as conhecidas consequências de uma concepção mecânica e silogística da interpretação.

Pela possibilidade de obter-se uma pluralidade de normas, de um único enunciado legislativo, que sejam diversas entre si, alternativas ou até mesmo cumulativas, apresenta-se a distinção fundamental e amplamente difundida e discutida em direito sobre a distinção entre disposição (texto legal) e norma. Ao buscar o conteúdo da norma, "não significa a identidade entre *texto e norma*. Isto é assim mesmo em termos linguísticos: o texto é o 'sinal linguístico';

⁷⁸ Este ponto será discutido um pouco mais adiante sob o tópico "claritas".

a norma é o que se 'revela', 'designa'" (CANOTILHO, 2003, p. 1218. grifo do autor). Na análise da distinção entre texto e norma é importante tomarmos o ensinamento de Viola e Zaccaria:

Es la que existe entre disposición y norma, donde por disposición se entiende el enunciado que hay que interpretar, mientras que por "norma" se entiende la disposición interpretada, o sea, el contenido de sentido de la disposición, una vez que ella ha sido interpretada y por tanto reformulada por el intérprete.

(...)

"Al inicio" existe el texto jurídico normativo, "al final" existe el enunciado que hace de guía para la decisión en el caso concreto (2007, p. 126).

A interpretação, portanto, representa a passagem do início para o fim de tal procedimento. Estão aí as diversas possibilidades concorrentes que se põe à disposição do intérprete, tomando a disposição, texto legal, como uma parte a ser interpretada, que resultará na norma como parte do texto interpretado. Com tal afirmação, podemos chegar a outra: que o significado do texto normativo é dado pelas decisões judiciais e administrativas e não pelo legislador. Pode-se identificar aqui, sem sombra de dúvidas, o aspecto criativo da atividade do juiz que reformula textos normativos em outros textos. Devemos, no entanto, estar atentos às diversas possibilidades do uso de tal criatividade conforme o aspecto ressaltado nesta atividade.

Sob o ponto de vista que podemos chamar de analista e realista, a ênfase da criação normativa é posta na análise elaborada pelos juristas. A atribuição dos significados aos enunciados é fruto de operações subjetivas e é ressaltada mais as consequências dos atos criadores do que o conteúdo vinculante das disposições normativas. Há, portanto, uma saliência sobre a norma resultada da interpretação que o texto normativo, o qual é utilizado para construí-la. Supõe, dessa forma, a existência de tantas formulações quantos intérpretes, sem a preocupação da correspondência entre as premissas e o produto do procedimento (Cf. GUASTINI. 1993 e 2004; TARELLO. 1980).

Já do ponto de vista das teorias hermenêutico-jurídicas o sentido das disposições completa-se na concretização da norma, efetuada a cada vez pelo intérprete.

No es posible interpretar ni por tanto reformular enunciados normativos si se prescinde de una comprensión, aunque sea inicial y aproximativa, del significado que ellos expresan, de manera que los dos momentos del texto normativo y de la atribución a él de un significado no preconstituido se encuentran estrechamente conectados por la actividad interpretativa, que se refiere a normas jurídicas, entendidas como normas válidas. Las teorías hermenéutico-jurídicas revalorizan de esta forma la praxis interpretativa (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 126)

Na teoria estruturante do direito (*Strukturierende Rechtslehre*) de Friedrich Müller radicalizam as teorias hermenêuticas, afastando-se da conexão entre o texto normativo e a norma. Na proposta de Müller, o jurista constrói a norma seja a partir de dados textuais, seja a partir de dados reais, no curso do processo de sua concretização (2000, p. 60 e segs.; 2007, p. 143-171).

Para melhor situarmo-nos diante da teoria estruturante do direito, é necessário colhermos os seguintes fragmentos na obra de Friedrich Müller:

Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma⁷⁹ não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é "unívoca", "evidente", porque e à medida que ela é "destituída de clareza" - mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso. Uma norma no sentido da metódica tradicional (i. é: o teor literal de uma norma) pode parecer "clara" ou mesmo "unívoca" no papel. Já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente "destituída de clareza". Isso se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se "aplica" algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas "a" norma jurídica não está pronta nem "substancialmente" concluída. Ela é um núcleo materialmente circunscritível da ordem normativa, diferenciável com os recursos da metódica racional (2000, p. 61-62).

E continua:

Depois do exposto já não é mais possível compreender com sentido (*sinnvoll*) a concretização ou apenas, em formulação mais estrita, a interpretação do texto como reconstrução do que foi intencionado pelo dador da norma no sentido da identificação da sua "vontade" ou da "vontade" da norma jurídica (*Idem, ibidem*).

Como nos chama a atenção Grau, "a concretização envolve também análise do âmbito da norma, entendido como tal o aspecto da realidade a que respeita o texto" (GRAU, 2002, p. 64). Explicando: a norma é produzida no processo de concretização, tomando os elementos do texto, não somente, acrescido dos dados da realidade à qual a norma deve ser aplicada.

Caberia a pergunta da razão pela qual o juiz deve aceitar os dados iniciais contidos no texto normativo, como fonte de direito, e não outros como, exemplificativamente, a Justiça. No entanto, para tal questão apresenta respostas mais no campo da ética-política do que justificações de caráter teórico⁸⁰.

⁷⁹ Em que pese a expressão "norma", trata-se em verdade de "texto"

⁸⁰ As respostas são do tipo: oportunidade de manter firme o princípio constitucional do Estado de Direito, razão pela qual quem aplica o direito encontra-se vinculado aos limites oferecidos pela letra do texto normativo apresentado (MÜLLER. 2000, p. 64-66; 2007, p. 103 e segs.)

De salientar, que o pluralismo interpretativo toca em delicados problemas no que diz respeito a uma possível objetividade da interpretação, seu desenvolvimento correto, que seja dotada de coerência.

Um segundo aspecto a ser desenvolvido, está relacionada ao fato de que a interpretação é sempre relacionada a algo preciso (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 128). “É sempre algo que será interpretado, algo diverso e distinto da atividade interpretativa, mas por esta pode ser enriquecido e desenvolvido” (Idem, ibidem). Assim, se interpretação é interpretação de algo, este mesmo algo deve ter um significado suscetível de ser interpretado. É neste algo, portanto, que encontraremos o limite da interpretação, retirando a tentação de ser onipresente. No campo jurídico, a exemplo da literatura (FISH, 1990, p. 87-102), é o texto que impõe limites à interpretação, mas deve-se reconhecer que os comportamentos humanos também impõem limites.

No se debe introducir indebida y subrepticamente un sentido arbitrario en el texto, sino que es preciso respetarlo en su peculiar modo de ser, en su coherencia y racionalidad [Betti 1990b]. Si todo es interpretación y solo interpretación y si todas las interpretaciones se ponen en el mismo plano y poseen el mismo valor, entonces ninguna interpretación específica tendrá sentido: el nihilismo señala el fin del sentido y de riqueza de éste que hay que captar en la interpretación [D'Agostino] (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 128)⁸¹.

Reconheceu-se que o direito é uma situação comunicativa e desta forma o discurso é caracterizado como um discurso dialógico. Tomando tal afirmação é que analisaremos um terceiro aspecto a ser ressaltado da interpretação, consistente em que a interpretação não pode prescindir das intenções de quem é o autor do texto que será interpretado, nem do sujeito interpretante. O aspecto a ser desenvolvido aqui não está, necessariamente na dicotomia entre "voluntas legislatoris" e "voluntas legis". Antes ao contrário é tomada como a mensagem dos participantes da comunicação.

Não se pode compreender um discurso sem entender suas intenções. Viola e Zaccaria lecionam mais uma vez:

La intención es el diseño o proyecto contenido en la mente del autor: ella comienza por la referencia del autor a sí mismo, por su convicción y pretensión de conocimiento individual [Tugendhat]. La hermenéutica del siglo XIX, entendiendo el comprender como proceso de reconstrucción psicológica por parte del intérprete de los pensamientos y de las intenciones del autor de un texto, atribuía un relieve crucial a la intención del autor [Schleiermacher, Dilthey] (Ibidem, p. 128).

⁸¹ As obras referidas no texto citado são: BETTI, E. **L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito**. Roma: Città Nuova. 1990. D'AGOSTINO, F. **Ermeneutica**, in **Arquivo giuridico**, 216, 1996, n.1, p. 109-126.

Com Morris encontramos referência a este aspecto por demais importante para a interpretação, principalmente ao propor-se uma interpretação pragmática para o direito. Afirma ele:

Históricamente, la retórica puede considerarse como una forma restringida y temprana de pragmática; por otro lado, el aspecto pragmático de la ciencia ha sido un tema recurrente entre los divulgadores e intérpretes de la ciencia experimental. La referencia al intérprete y a la interpretación es común en la definición clásica de los signos. Aristóteles, en *De interpretacióne*, habla de las palabras como signos convencionales de pensamientos que todos los hombres tienen en común. Sus palabras contienen la base de la teoría que se convirtió en tradicional: el intérprete del signo es la mente; el interpretante es un pensamiento o un concepto; estos pensamientos o conceptos son comunes a todos los hombres y proceden de la aprehensión de objetos y de sus propiedades por parte de la mente; la mente otorga a las palabras enunciadas la función de representar directamente estos conceptos e indirectamente la de hacer lo propio con las cosas correspondientes; los sonidos que se eligen para este propósito son arbitrarias y varían de un grupo social a otro; las relaciones entre los sonidos no son arbitrarias sino que corresponden a la relaciones de conceptos y, en esa medida, a las de las cosas (1985, p. 68).

Esta intenção não pode ser entendida ao teor de um fato privado, já que também a ação intencional dá sempre lugar a algo diverso do que inicialmente era nas intenções do agente. O ato intencional tem a propriedade de “tender a”, neste sentido implica como correlativos outros atos unidos àquele. Assim, v. g., o ato de cumprimento de uma obrigação jurídica é relacionado com os atos dotados de intenção diretivo-prescritiva que os prescrevem. Nunca é demais lembrar a afirmação de Wittgenstein, que o sinal quando tomado sozinho parece morto, na verdade, vive na utilização, no fluxo da comunicação linguística e, portanto, em ligação com outros sinais relacionados com ele. Na experiência hermenêutica, como esclarecem Heidegger e Gadamer, superando a perspectiva psicologista de Schleiermacher, o significado é sempre intersubjetivo, se produz e se esclarece dentro de um diálogo interpretativo dialógico, para o qual o compreender é sempre um abrir-se e, portanto, um relacionar-se (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 129). Desta forma é preciso analisar o ato da comunicação, cujos participantes, ao compartilhar uma linguagem, colocam-se em um contexto de significados previamente compartilhados. Através da comunicação de significados se realiza e se instaura a cooperação social, uma prática comum do discurso e da ação. A comunicação é particularmente importante para o direito, o qual possui entre seus objetivos principais o aceitar e promover a comunicação entre os sujeitos que são entre si diversos e distantes. Podemos afirmar, com Noekel que o direito mesmo é em certo sentido comunicação.

Assim, o significado não pode manifestar-se independentemente das intenções do falante e da reação que se pretende suscitar no ouvinte, resultante do efeito que se induz em diversos contextos.

Una de las características fundamentales de la intención es su orientación hacia un objetivo. Es cierto, por otro lado, que el significado de lo que el sujeto hace no se agota en lo que él entiende que significa su hacer y que aunque se dirija hacia su objetivo las intenciones nunca son capaces de conseguirlo plenamente. La necesidad de recurrir a la interpretación es precisamente el signo de la finitud de nuestras intenciones, de nuestra exigencia insuprimeble de expresar nuestras intenciones (si bien en una realidad nunca completamente expresable) y de volver continuamente a ellas (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 130)

No direito encontramos comumente a utilização do critério de busca da intenção do legislador como critério de interpretação⁸². E em que pese a admissão por alguns da superação completa de possível distinção entre a vontade do legislador e a vontade (intenção) da lei, no cotidiano prático ainda encontramos algumas menções sobre o tema (STRECK, 2003, p. 96-99). Ressalte-se, mais uma vez, que em soluções dogmáticas assistimos cotidianamente o seu emprego nas mais diversas instâncias decisórias.

Na continuidade do desenvolvimento dos marcos teóricos do presente trabalho, é de significativa relevância identificar em que consiste a atividade do intérprete do direito. Realça o direito pré-existente ou cria um novo direito. É a respeito de tal problema que a próxima seção será desenvolvida.

7.5 A ATIVIDADE DO INTÉRPRETE DO DIREITO: IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO EXISTENTE OU CRIAÇÃO DE NOVO DIREITO.

A acepção do termo interpretação como fenômeno que inclui o trabalho interpretativo sobre textos jurídicos e que se desenvolve a partir dos mesmos textos, mantendo com ele um vínculo constante é a que geralmente nos socorremos, conforme destaca Viola e Zaccaria. E continua:

Así pues, una noción de interpretación que no niega la preexistencia de textos normativos al procedimiento de intérprete, y que considera la reformulación aplicativa de las normas jurídicas como el resultado de tal actividad. La

⁸² Sobre o tema veja o próximo capítulo.

interpretación jurídica no consiste sólo en una actividad de conocimiento y de reconocimiento, sino también de decisión y de voluntad, debiéndose medir con la exigencia de ofrecer, dentro del vínculo representado por los textos normativos, la solución al caso concreto (Idem, p. 134).

Tomando como ponto de partida o Estado Liberal, inaugurado com a Revolução francesa, é perfeitamente possível dizer que:

Para realizar as tarefas que foram incumbidas ao Poder Judiciário, com o receio de que passasse a decidir atento à relação próxima que nutria com o detentor do poder preexistente, centralizado na mão do rei que o nomeava, impôs-se fossem esses agentes públicos vistos com olhos de desconfiança pelos que obtiveram o prêmio da queda do Antigo Regime (FIORAVANTI *apud* CONCI, 2006, p. 11)

Aí é encontrada a fonte da expressão “juiz boca da lei”, ou seja, "aquele a quem cabe retirar sentido de um texto perfeito produzido pelo Poder Legislativo" (Ibidem. p, 11). Era, então, relegada sua posição como participante ativo do processo de interpretação, com a possibilidade de atribuir sentido ao texto ou participar da criação da lei (norma individual), conforme, por exemplo, a posição ocupada pela criação judicial na ordem hierarquizada do sistema jurídico proposta por Hans Kelsen (1991, p. 365).

Mas o que se faz quando interpreta a lei? Identifica-se o direito existente ou cria-se um novo direito?

A discussão não é nova, como bem salienta o Professor Philipp Heck, em seu discurso de posse em 1902 da cátedra da Universidade de "Tübingen", o qual é mencionado na obra "Das Problem der Rechtsgewinnung"⁸³, de 1912.

Como nos chama a atenção Viola e Zaccaria, é a necessidade de distribuir a justiça entre as partes contendoras nos casos específicos, perante juízos diversos que se apresenta como motivadora para potencializar e adaptar as leis às mudanças produzidas no contexto social. Daí resulta não só o modo pelo qual se interpreta o direito, mas também o seu desenvolvimento através da via judicial acaba por tornar-se uma rotina no funcionamento da instituições contemporâneas. Tomando esta rotina, vemos surgir uma questão de relevância, na intencionalidade distinta do momento criativo e do momento de aplicação, ou, usando a terminologia de Luhmann entre decisões programadoras e decisões programadas (1985, p. 34-52).

E, ainda com Luhmann, é possível dizer:

⁸³ O problema da criação do direito.

A compreensão sociológica da positividade do direito nos fornece a convicção de que as formas de solução dos problemas não são arbitrariamente combináveis entre si, de tal forma que os deslocamentos no âmbito da diferenciação sistêmica terão suas consequências. Nesse sentido é necessário perceber e dar a devida ênfase, principalmente às circunstâncias especiais do ato da decisão programadora em um contexto de grande complexidade. A racionalidade das decisões programadoras não pode ser avaliada pelos mesmos critérios de racionalidade das decisões programadas, pois isso significaria desconsiderar a função dessa diferenciação. Legislação não significa aplicação do direito, e por isso uma não pode ser medida pelo padrão da outra (Ibidem, p. 42).

Quando se fala de interpretação no âmbito da experiência jurídica, a referência é feita tanto à interpretação em sentido estrito (como leis, regulamentos, sentenças, atos administrativos) como a criação aplicativa do direito, a qual pode encerrar operações diversas, tais como a qualificação jurídica de casos concretos e a solução de controvérsias através da formulação de preceitos individuais. Assim, há uma grande variação de atividades interpretativas e variedade de materiais, textos e atos jurídicos a serem interpretados, em cujo interior permanecem de algum modo como característicos a interpretação de textos normativos e a atribuição de valor jurídico a comportamentos humanos, ou seja, a interpretação dos fatos para incluí-los ou não no âmbito de normas determinadas (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 134).

Joseph Raz insiste em distinguir entre identificação do direito existente e criação de novo direito. Zaccaria e Baratta ressaltam que "esta distinción no sólo es posible sino también oportuna, si se tiene en cuenta que la creatividad del intérprete es siempre una creatividad derivada, jamás una creatividad originaria" (*apud* Ibidem p. 134).

Pero es oportuno no olvidar que no es posible identificar el derecho sin crear nuevo derecho, al menos en el sentido de que un aspecto de creatividad es intrínsecamente connatural a la identificación, mejor dicho, al hallazgo del derecho existente (Ibidem, p. 134-135).

Salienta, ainda, que a sutil dialética interna entre conservação e inovação não se apreende somente no interior de tais aspectos, considerados separados e diversos, da identificação e do desenvolvimento do direito. Para identificar/encontrar o direito existente - operação essencial ao procedimento de decisão do juiz - não se pode prescindir da evolução do direito que vem de certo modo imposto pela inesgotável novidade das circunstâncias históricas dos fatos. Esta tensão dialética entre a inovação e a conservação é um elemento estrutural das decisões judiciais, bem como, em um plano mais amplo, do fenômeno jurídico e, até mesmo, das sociedades humanas.

Viola e Zaccaria afirmam que a hermenêutica chega a ser considerada como sinônimo de investigação e de individualização do direito, entendidos como processos nos quais os sujeitos que se encontram para atuar com normas e com comportamentos a qualificar juridicamente constituem parte integrante e irrenunciáveis dos processos mesmos. E afirma:

Sin por otro lado olvidar que más allá de la hermenéutica "específica", en la que los sujetos-intérpretes se identifican con órganos institucionalmente encargados de esta función, existe también la hermenéutica menos técnica y menos específica, pero no menos relevante, que sirve al fin de la efectividad del ordenamiento, de todos los miembros de la sociedad que con su "respuestas" deciden si "reconocen" las normas y cómo las "reconocen" (Ibidem, p. 135, grifo do autor).

Desta forma, pode-se afirmar que não é possível encontrar o significado ou o conteúdo de um texto normativo senão determinando seu campo de aplicação com referência a fatos concretos. Se compreender não é o reduzir a um puro conhecimento, mas ao contrário configura-se como um fazer dependente do contexto da ação, o significado dos textos normativos e a qualificação dos comportamentos estão umbilicalmente ligados aos modos concretos nos quais a linguagem jurídica e os eventos sociais são entendidos e utilizados em um contexto preciso.

O ponto de vista defendido aqui é de que as regras semânticas e sintáticas são insuficientes para o processo interpretativo do direito, dependendo, também do aspecto da pragmática para o alcance de tal desiderato.

Os conceitos utilizados até aqui para apresentar uma possível definição de interpretação devem ser complementados com a discussão a ser travada no próximo capítulo sobre a intenção legislativa no curso da interpretação.

CAPÍTULO VIII

Interpretação e intenção legislativa.

Comumente o direito nos reserva a discussão sobre a intenção contida na norma legal possibilitando a análise sob o ponto de vista apenas do órgão de onde esta promana.

É com essa abordagem que assistimos a defesa veemente de alguns doutrinadores, no sentido de que é de todo irrelevante e ultrapassada a discussão sobre o que se busca quando se interpreta uma norma - a vontade da lei ou do legislador. Apesar desta posição tão segura, do acerto em abandonar com urgência todos os resquícios da visão antiquada, impedindo até mesmo seu debate com outros elementos, entendemos ser de necessário o aclaramento de tal discussão para uma tomada de posição segura no campo da interpretação.

Não se pode olvidar que de tempos em tempos a legislação nacional resgata a distinção determinando a interpretação literal, qual seja a interpretação com a aplicação da vontade da lei, exemplo disto é o Código Tributário Nacional que, no seu artigo 111, determina que “quando a legislação tributária dispor sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário; outorga de isenção; dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado posicionamento diverso da interpretação literal quando, exemplificativamente, julgou questões diretamente relacionadas à prerrogativa de foro para a hipótese da súmula 394⁸⁴; o tema da previdência social, em especial na emenda número 20, de 20 de dezembro de 1998⁸⁵; a mudança ou a desfiliação de partido político, sem justa causa⁸⁶. Acrescente-se, ainda, que o mesmo Supremo Tribunal Federal adotou

⁸⁴ RE 289.847, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 28-11-2000, Primeira Turma, DJ de 2-2-2001. No mesmo sentido: HC 87.656, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-3-2006, Primeira Turma, DJ de 31-3-2006.

⁸⁵ ADI 2.024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 3-5-2007, Plenário, DJ de 22-6-2007.

⁸⁶ MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-10-2007, Plenário, DJE de 3-10-2008. No mesmo sentido: MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 4-10-2007, Plenário, DJE de 17-10-2008; MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-10-2007, Plenário, DJE de 19-12-2008.

entendimento de que a ausência de descrição do fato criminoso na procuração, não impede o processamento válido do processo criminal iniciado por queixa-crime⁸⁷.

Em outras hipóteses, o Excelso Pretório reafirma a vontade do legislador. A título de exemplo, foi o que ocorreu no Recurso Extraordinário 197917, na ampliação do número de vereadores, afirmou-se a necessidade de busca da "voluntas legislatoris", para afastar a possibilidade de tal ampliação no curso daquela legislatura⁸⁸.

Eco nos alerta para a necessidade de reconsiderarmos algumas correntes que hoje se apresentam como orientadas para a interpretação (2004, p. 9)⁸⁹.

A só menção à legislação e julgados já autorizaria o aprofundamento do tema, vez que no discurso judicial apresenta-se presente a distinção vez por outra. Acrescente-se, no entanto, que para a finalidade do presente trabalho faz-se imperiosa discussão mais ampla da temática. Assim, não se limitará à questão da "voluntas legislatoris" e "voluntas legis". Abordar-se-á a intenção na legislação, a falta de intenção da autoridade, a redução do valor da intenção dos legisladores, a distinção necessária entre legisladores e legislatura e por fim será tomado o constructo do legislador racional.

Sem mais demora, passemos aos temas propostos.

8.1 "VOLUNTAS LEGIS" OU "VOLUNTAS LEGISLATORIS"? O QUE SE BUSCA NA NORMA?

⁸⁷ HC 73888/SC. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ, 04.10.1996, pp. 37102.

⁸⁸ INFORMATIVO Nº 341.

⁸⁹ A sociologia da literatura, por exemplo, privilegia o que um indivíduo ou uma comunidade fazem com os textos. Nesse sentido, prescinde da opção entre intenção do autor, da obra ou do leitor, porque efetivamente registra os usos, corretos ou não, que a sociedade faz dos textos. Já a estética da recepção faz seu o princípio hermenêutico segundo o qual a obra se enriquece ao longo dos séculos com as interpretações que delas são dadas; tem presente a relação entre efeito social da obra e horizonte de expectativa dos destinatários historicamente situados; mas não nega que as interpretações dadas do texto devam ser comensuradas com uma hipótese sobre a natureza da *intentio* profunda do texto. Da mesma forma, uma semiótica da interpretação (teorias do leitos-modelo e da leitura como ato de colaboração) comumente busca, no texto, a figura do leitor *constituendo*, assim buscando, também ela, na *intentio operis*, o critério para avaliar as manifestações da *intentio lectoris*.

Em contraposição, as várias práticas de desconstrução deslocam ostensivamente a tônica para a iniciativa do destinatário e a irredutível ambiguidade do texto, de tal forma que o texto se torna puro estímulo para a deriva interpretativa. Quanto ao fato, porém, de a chamada desconstrução não ser uma teoria crítica e sim um arquipélago de diferentes comportamentos, conviria consultar Ferraris, 1984, Culler, 19982, Franci, 1989. **Os limites da interpretação.** 2. ed. São Paulo: Perspectiva. 2004, p. 9.

É um postulado jurídico a tese de que não há norma sem interpretação. Na antiguidade houve exemplo de rompimento com essa tradição, como a proibição justiniana de que se interpretassem as normas de seu “Corpus Juris Civilis”.

Savigny, numa fase anterior a 1814, afirmava que interpretar era mostrar aquilo que a lei diz. A questão técnica era como determinar o sentido textual da lei. Foi elaborada quatro técnicas: 1. a interpretação gramatical, que procurava o sentido vocabular da lei; 2. a interpretação lógica, que visava a seu sentido proposicional; 3. a sistemática, que buscava o sentido global ou estrutural; e 4. a histórica, que tentava atingir o sentido genético⁹⁰.

Após 1814, para Savigny, “a questão deixa de ser mera enumeração de técnicas, para referir-se ao estabelecimento de uma teoria da interpretação. Surge o problema de se procurar um critério para a interpretação autêntica”(FERRAZ JUNIOR. 1980; 69). A concepção de que texto da lei era expressão de “mens legislatoris” leva Savigny a afirmar que interpretar é compreender o pensamento do legislador manifestado no texto da lei (fator subjetivo). “De outro lado, porém, enfatizava ele a existência fundante dos “institutos de direito” (rechtsinstitute) que expressavam “relações vitais” responsáveis pelo sistema jurídico como um todo orgânico, um conjunto vivo em constante movimento. Daí a ideia de que seria a convicção comum do povo (Volkgeist) o elemento primordial para a interpretação das normas” (fator subjetivo).

Em meados do século XIX, ocorre, assim, na França e na Alemanha, uma polêmica. De um lado, aqueles que defendiam uma doutrina restritiva da interpretação, cuja base seria a vontade do legislador, a partir da qual, com auxílio de análises linguísticas e de métodos lógicos de inferência, seria possível construir o sentido da lei (“Jurisprudência dos Conceitos”, na Alemanha, e “Escola da Exegese”, na França). De outro lado, foram aparecendo aqueles que sustentavam que o sentido da lei repousava em fatores objetivos, como os interesses em jogo na sociedade (“Jurisprudência dos Interesses”, na Alemanha), até que, já no final do século XIX e início do século XX, uma forte oposição ao conceptualismo desemboca na chamada escola da “libre recherche scientifique” (escola do direito livre) e da “Freirechtsbewegung” (movimento do direito livre) que exigiam que o intérprete buscasse o sentido da lei na vida, nas necessidades e nos interesses práticos. Desenvolvem-se, nesse período, métodos voltados para a busca do fim imane do direito (método teleológico), ou de seus valores fundantes (método axiológico), ou de suas condicionantes sociais (método sociológico), ou de seus processos de transformação (método axiológico-evolutivo), ou de sua gênese (método histórico) etc. (Idem, 2001, p. 262).

Dois são os grupos. Método e objeto aparecem como questões correlatas, cujo ponto comum é o problema do sentido. Do ângulo do objeto, o direito pode ser visto como a

⁹⁰ Cf. SAVIGNY, Friedrich. **Metodologia Jurídica**. Campinas: Edicamp. 2001.

positivação de normas dotadas de sentido. Do ângulo do método, o problema é como e onde captar esse sentido. Em função disso, podemos cindir a doutrina em duas correntes que, embora não se distingam com essa nitidez, podem ser da seara das didaticamente conforme o reconhecimento ou da vontade do legislador ou da vontade da lei como sede do sentido das normas. Chamamos a primeira de doutrina subjetivista, a segunda de objetivista (Ibidem, p. 262).

Há uma conotação ideológica na raiz das teorias.

Assim, levado a um extremo, podemos dizer que subjetivismo favorece certo autoritarismo personalista, ao privilegiar a figura do legislador, pondo sua vontade em relevo. Por exemplo, a exigência, na época do nazismo, de que as normas fossem interpretadas, em última análise, de acordo com a vontade do "Führer" (era o "Führersprinzip") é bastante significativa. Por sua vez objetivismo favorece ao anarquismo, pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a própria norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador, na elaboração do direito, para os intérpretes ainda que legalmente constituídos, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas norte-americanos, que direito é "o que decidem os tribunais". (Idem, 1980, p. 71).

Não podemos perder de vista a utilização da distinção entre "voluntas legis" e "voluntas legislatoris", no campo da dogmática permanece viva, e isto é comprovável com a mera consulta de obras sobre o tema, muitas adotadas como referência na graduação⁹¹. Não bastasse, além das decisões citadas acima, no recente processamento do Segundo Ag. Reg. na ação penal 470-1 Minas Gerais, o Ministro Joaquim Barbosa proferiu voto em que afirma:

Por tais razões, embora a possibilidade de substituição de testemunha "não encontrada" não esteja mais expressamente prevista no Código de Processo Penal, não há de se considerar que o legislador adotou um silêncio eloquente na matéria. Até porque, não houve uma revogação direta e expressa do antigo texto do art. 397 do diploma processual penal, mas sim um reforma de capítulos inteiros do Código, por leis esparsas, alcançando aquele dispositivo, sem que se possa concluir, contudo, que **a vontade do legislador seria** a de impedir eventuais substituições de testemunhas no curso da instrução, mesmo quando não localizada a que fora arrolada originalmente. Tal interpretação inviabilizaria uma prestação jurisdicional efetiva e justa (grifo nosso).

A polêmica entre as duas correntes pode ser resumida nos seguintes argumentos de Karl Engisch, ao comentar a posição de Heck:

Ele tomou por alvo, sobretudo, quatro argumentos centrais e sempre repetidos da teoria objetivista, a saber: o "argumento da vontade" (não existe um legislador dotado de vontade própria), o "argumento da forma" (só as manifestações de

⁹¹ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação o direito*. 19. ed. 14. tir. Rio de Janeiro: Forense. 2009; SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica: Seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. São Paulo: Leia; Brasiliense. S/d, p. 217 e segs.; SILVA, Kelly Susane Alfen. *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial*. Porto Alegre: Safe. 2000, p. 251 e segs.

vontade vertidas na forma da lei têm força legal), o "argumento da confiança" (os destinatários da norma devem poder confiar na palavra como tal) e o "argumento da integração" (só uma interpretação objectivista se ajusta aos interesses da integração e complementação do Direito) (ENGISCH, 2001, p. 175).

Com brilhantismo ímpar, o professor Ferraz Júnior procura dar forma à afirmação transcrita acima, dividindo-a e explicitando-a, conforme colacionamos abaixo:

a) os objetivistas contestam os subjetivistas:

1. pelo argumento da vontade, afirmando que uma vontade do legislador é mera ficção, pois o legislador é raramente uma pessoa fisicamente identificável;
2. pelo argumento da forma, pois só as manifestações normativas trazidas na forma exigida pelo ordenamento têm força para obrigar, sendo, em consequência, aquilo que se chama de *legislador*, no fundo, apenas uma competência legal;
3. pelo argumento da confiança, segundo o qual o intérprete tem de emprestar confiança à palavra da norma como tal e qual deve, em princípio, ser inteligível por si;
4. pelo argumento da integração, pelo qual só a concepção que leve em conta os fatores objetivos em sua contínua mutação social explica a complementação e até mesmo a criação do direito pela jurisprudência.

b) os subjetivistas contestam, por sua vez, dizendo:

1. o recurso à técnica histórica de interpretação, aos documentos e às discussões preliminares dos responsáveis pela positivação da norma é imprescindível, donde a impossibilidade de ignorar o legislador originário;
2. os fatores (objetivos) que eventualmente determinassem a chamada vontade objetiva da lei (*voluntas legis*) também estão sujeitos a dúvidas interpretativas: com isso, os objetivistas criariam, no fundo, um curioso subjetivismo que põe a vontade do intérprete acima da vontade do legislador, tornando-se aquele não apenas "mais sábio" que o legislador, mas também "mais sábio" que a própria norma legislada;
3. seguir-se-ia um desvirtuamento na captação do direito em termos de segurança e de certeza, pois ficaríamos à mercê da opinião do intérprete (ENGISCH, 1968, p.88 *apud* FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 263, grifo do autor).

Carlos Santiago Nino posiciona-se sobre as tendências interpretativas que se pode adotar diante de um texto linguístico com a seguinte exposição.

La primera está constituida por el hecho de centrar la preocupación en la intención que tuvo el que formulo la oración; es ésta una interpretación subjetiva. La otra se preocupa primordialmente no por lo que quiso o no quiso decir el autor del texto, sino por lo que efectivamente dijo, según el significado que realmente poseen sus palabras en el lenguaje ordinario; se trata, entonces, de una interpretación objetiva (aunque esta calificación no excluye que pueda tener también un grado considerable de arbitrariedad) (1991, p. 259-260).

Machado procura apresentar um balanço entre as duas correntes, utilizando-se para tal as concepções apresentadas por Manuel de Andrade, atribuindo aos elementos valor decisório, reconhecendo mero "valor heurístico de sugerirem uma possibilidade interpretativa, a confirmar ou repelir por intervenção dos outros factores hermenêuticos" (2010, p. 181).

É necessário que se aprofunde um pouco mais nas questões apresentadas neste item para ao final enfrentarmos a interpretação verdadeira e discutirmos o constructo do Legislador Racional.

Quando se diz que interpretar é compreender outra interpretação (a fixada na norma), afirma-se a existência de dois atos doadores de sentido: um que se positiva na norma e outro que procura identificá-lo. Ora, para que possa haver uma interpretação verdadeira, é preciso que ao menos um ato doador de sentido prevaleça (pressuposto dogmático). Como reconhecê-lo e fundá-lo? Estamos, de novo, diante do desafio Kelseniano (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 262).

Antes de adentrarmos na proposta de compreender-se o constructo do legislador racional e modo como deve ser elaborada esta abordagem, insistamos na abordagem na intenção legislativa, para não restar dúvidas acerca da sua utilização na interpretação jurídica. Aqui não se dá a ênfase necessária sobre a predominância de emissor ou do receptor na interação dialógica da norma jurídica, mas apenas apresenta-se elementos para a consolidação da tese desenvolvida neste trabalho.

Tocamos na questão da intenção na interpretação da norma jurídica (ou do texto normativo, como prefere Grau). Agora retomaremos a discussão tendo em vista a disputa entre "voluntas legis" e "voluntas legislatoris". Saliente-se que esta abordagem não retomará o já exposto, mas pretende-se fazer uma pequena análise da inserção das vontades, melhor, da intenção na interpretação, compreensão e aplicação das normas jurídicas.

8.2 A LEGISLAÇÃO SEM INTENÇÃO.

Conforme procurou-se demonstrar-se acima, é por demais comum o resgate das intenções dos legisladores a representar papel relevante na interpretação de leis, por parte dos juízes, e até mesmo alguns doutrinadores, cujos textos deixam indistintas ou controvertidas as questões de propósitos, significado ou aplicação.

Mostrou-se, também, que tal posicionamento tem encontrado críticas veementes a respeito de sua manutenção, mas que sob o ponto de vista dogmático, ainda é por demais presente.

Muitos teóricos jurídicos pensam "ser óbvio que uma lei deve ser concebida como algo que foi produzido intencionalmente; e inferem disso que o único objeto possível de interpretação no Direito é o significado dado por aqueles cujos propósitos" (WALDRON *in* MARMOR, 2000, p. 503) é que se encontra a intencionalidade do texto legal.

Complementa:

Assim, imagine que um pedaço de papel devidamente certificado, em conformidade com o processo parlamentar adequado, surge na frente de um juiz com marcas parecidas com o seguinte: *Lei de veículos no parque 1993*. (1) com a exceção de bicicletas e ambulâncias, nenhum veículo terá permissão para entrar em nenhum parque estadual ou municipal. (2) Qualquer pessoa que traga um veículo para dentro de um parque estadual ou municipal estará sujeita a uma multa de não mais que \$100 (Idem, *ibidem*, p. 504).

Conforme ensina Fish, se o juiz enxerga isso como lei, dá início a laborioso trabalho de determinar se as estipulações são aplicáveis na hipótese de os cidadãos entenderem que devam prestar homenagem aos que participaram da segunda guerra, colocando em um pedestal, de um parque, um veículo em plenas condições de uso. Haveria a possibilidade de aplicação desta lei no caso.

Aqui seria plenamente possível a utilização da técnica usual na dogmática jurídica de buscar a intencionalidade legislativa, para encontrar uma saída para um caso como o apresentado. Mas devemos, com o enfoque zetético, ter em mente que reconhecer a intencionalidade legislativa não é o mesmo que aquiescer a elas, em especial se tais intenções não são reveladas imediatamente na própria lei.

Mais uma vez trazemos o posicionamento de Fish.

A proposição essencial é que não se pode ler ou reread independentemente da intenção, isto é, independentemente da suposição de que se está lidando com marcas ou sons produzidos por um ser intencional, um ser situado em certo empreendimento em relação ao qual ele tem um propósito ou um ponto de vista (1999, p. 99-100, tradução livre)⁹².

Para o mesmo autor, portanto, interpretar um texto é sempre uma questão de determinar o que quis dizer o ser intencional que o produziu, sem levar em conta toda a questão teórica em torno de "significado" e "intenção".

O fato é que determinar a intenção do legislador poderia ser uma tarefa viável se o parlamento não fosse composto de diversas pessoas, com diversos interesses e objetivos

⁹² The crucial point is that one cannot read *or* reread independently of intention, independently, that is, of the assumption that one is dealing with marks or sounds produced by an intentional being, a being situated in some enterprise in relation to which he has a purpose or a point of view.

diferentes. Assim, no primeiro período do surgimento do Estado Liberal, com a ocupação por burgueses e somente estes, haveria possibilidade de buscar-se tal intenção, como foi feito. A respeito disto, tomemos o exemplo dado por Waldron:

É perfeitamente possível, por exemplo, que nossa lei imaginada sobre veículos no parque, considerada como um todo, não reflita os propósitos ou intenções de quaisquer dos legisladores que a aprovaram conjuntamente. Permita-me explicar essa possibilidade. No que diz respeito à seção (1) da lei, os legisladores poderiam ter divergido quanto à exceção das bicicletas (que chamarei B), quanto à exceção às ambulâncias (A), e quanto à inclusão, além dos parques municipais, dos parques estaduais (E). Suponha que os legisladores dividiram-se em três facções iguais quanto a essas questões:

<i>Facção 1</i>	<i>Facção 2</i>	<i>Facção 3</i>
B	B	~B
A	~A	A
~E	S	S

A votação majoritária sucessiva dessas várias questões produziria a nossa conhecida lei - B, A, E - mesmo que essa combinação não correspondesse à preferência de ninguém.

Alguém poderia responder: com certeza, depois de incorporadas as emendas, os legisladores votarão o projeto de lei como um todo, na sua forma final (B, A, E). Portanto, mesmo se discordarem inicialmente, a lei aprovada, pelo menos, refletirá as intenções de uma maioria nessa última etapa, levando em conta sua percepção do que era *politicamente possível, dadas as visões de seus colegas* (2000, p. 505-506, grifo do autor).

A presente citação é útil para a reflexão sobre a intencionalidade das leis, tendo em vista as condições legislativas atuais.

Conforme apontado por Duxbury, citando Max Radin que em 1930 deixa a observação que a intenção do legislador é irrelevante, textualmente “quando, em 1930, Max Radin ofereceu uma perspectiva realista de interpretação legal, concluindo que a intenção do legislador é irrelevante, porque geralmente não detectável” (2001, p. 157, tradução livre)⁹³. Waldron é mais enfático quanto à lição de Radin:

A função de um legislativo é aprovar leis, *não formar intenções*. Um legislativo é um agente artificial, e a aprovação de uma lei é a sua ação: na verdade, referimo-nos às leis como atos do Congresso, Parlamento ou seja o que for. Contudo, embora usemos a linguagem do órgão legislativo dessa maneira, não devemos nos deixar enganar por uma analogia obsessiva com as ações de pessoas naturais ao buscar um equivalente legislativo para todos os eventos ou estados associados com a ação na psicologia de agentes individuais. Poucos diriam, por exemplo, que as legislaturas (em oposição a legisladores específicos) têm, além de intenções, motivos associados com atos específicos; poucos estariam dispostos a colocar sobre a distinção motivo-

⁹³ "when, in 1930, Max Radin offered a realist perspective on statutory interpretation, concluding that the intent of the legislature is irrelevant, because generally undiscoverable".

intenção o tipo de peso que aplicamos ao caso individual. (2000, p. 509, grifo do autor).

Como já afirmado, não podemos ignorar as características próprias do início do Estado Liberal, com a formação do parlamento burguês e a busca da imposição de seus valores, daí a adoção do legislador histórico, com a busca de sua vontade, em contraposição ao antigo regime. É deste mesmo período, o surgimento do juiz "boca da lei", cuja a função interpretativa é bastante limitada⁹⁴. Dado a lei ser fruto daquela racionalidade jurídica liberal, fincada na construção de códigos que apresentem clareza, coerência, completude, não redundância, simplicidade e fácil manejo⁹⁵ - ⁹⁶, verificou-se por esse meio a possibilidade de conter qualquer ímpeto contrário aos desejos do ente detentor de maior parcela do poder, o Poder Legislativo⁹⁷.

E pode-se afirmar, que parte da confusão, que busca atribuir intenções a legislaturas está relacionada com o conceito de significado, conforme deixamos consignados acima. Assim, "pode-se pensar que o próprio fato de que a legislação seja um ato de *fala* - a produção de elocução ou texto com significado - que dizer que não se pode ser considerado como não-intencional" (Ibidem, p. 510). E continua:

Mesmo que evitássemos a ideia de um único emissor para casos como esse e nos encontrássemos apenas no significado da frase, resta o argumento de que nossas descrições mais plausíveis do significado da frase tornam essa noção uma função (se bem que uma função complexa) da intenção individual (Ibidem, p. 510).

Retomando o exemplo da proibição de veículos em parques, vê-se que o legislador ao votar tal proposição o faz supondo que as palavras utilizadas na legislação possuem o mesmo significado para ele e a comunidade a que se dirige. Essa suposição advém da

⁹⁴ Daí a expressão "juiz boca da lei", ou seja, aquele a quem cabe retirar sentido de um texto perfeito produzido pelo Poder Legislativo e não, como participante ativo do processo de interpretação, atribuindo sentido ao texto ou participando da criação da lei (norma individual), conforme, por exemplo, a posição ocupada pela criação judicial na ordem hierarquizada do sistema jurídico proposta por Hans Kelsen.

⁹⁵ OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz. Revista DOXA, n. 14 (1993), p. 174. Disponível na internet: http://cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/52586177762636009641157/cuaderno14/doxa14_11.pdf, acesso em 22 de agosto de 2010.

⁹⁶ QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 128: "Esta filosofia das 'leis uniformes, claras, simples, abstractas e precisas' alcança seu zênite com o movimento codificador. O código representa a expressão definida e acabada 'do racionalismo jurídico europeu na sua tríplice dimensão – utópico, construtivo da realidade, político, edificador do Estado moderno e unificador da nação, burguês, profano, afirmador da vida livre e igual'. Constitui só por si um monumento jurídico 'more geometrico demonstrato, que dá vida um sistema ideal desenhado ao longo dos séculos XVII e XVIII'".

⁹⁷ A presente afirmação se situa sob o aspecto ideal da observação. Conceitos como segurança jurídica, coisa julgada, ato jurídico perfeito etc. demandaram fossem construídos (e não previamente conhecidos) seus conteúdos. O que se entende necessário frisar é que a racionalidade do direito liberal pretendia diminuir a parcela de discricionariedade do juiz em detrimento, e.g., da busca da "vontade do legislador".

condição de que as palavras são elementos significativos em uma linguagem, qual seja, somente "sob a condição de que existe uma comunidade na qual é bem sabido que os membros comumente usam tais palavras para produzir certo efeito ou resposta no público em virtude do reconhecimento dessa intenção pelo público"⁹⁸ (Ibidem, p. 511). Essas suposições

⁹⁸ Na atualidade, uma discussão que se encontra na ordem do dia é o novo tipo penal do crime de estupro e atentado violento ao pudor reunidos em um só tipo penal. Antes da lei 12015/09, o tipo penal do estupro era designado como manter relações carnavais com mulher, tirando-se daí o entendimento de que o crime estaria caracterizado com a penetração do pênis na vagina. Qualquer outra prática sexual, ou de atos libidinosos estariam necessariamente caracterizado como atentado violento ao pudor, o qual era previsto no artigo 214. Assim, tornou-se pacífico a possibilidade de concurso material de crimes, quando, durante um ataque sexual, houvesse a conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso, somando-se as penas respectivas. Com a reforma parcial do Código Penal com relação a crimes de ordem sexual, as duas condutas passaram a integrar um único tipo legal. Com fundamento na dogmática penal, houve a devolução de diversos processos, já julgados e alguns já transitados em julgado, para que os juízes procedessem à nova aplicação de pena, com o reconhecimento, no máximo, de continuidade delitiva. Tudo derivado do princípio penal da aplicação da lei mais benéfica ao réu. Pois bem, com interpretação calcada na busca da intenção legislativa, procurou-se enxergar uma nova espécie doutrinária de tipo penal para que continuasse a ser aplicada o texto normativo com a somatória de penas para cada conduta, ao argumento de que o legislador quis apenas com mais rigor crimes com tais. O Superior Tribunal de Justiça, inicialmente, considerou a reunião dos delitos, em um único tipo, como estando diante do chamado tipo misto alternativo, até voto do Ministro Felix Fisher, no HC 104724, com publicação no Dje. de 02/08/2010, secundado pela Ministra Laurita Vaz, no HC 78667, publicado na mesma data, nos quais reconhecem a presença de um tipo misto cumulativo, devendo ser afastada a continuidade e aplicado o concurso de crimes. Nesse passo, é interessante ofertar parte do voto da Ministra Laurita Vaz:

Isso porque os referidos delitos, considerados como do mesmo gênero, não são da mesma espécie, por não ser possível vislumbrar homogeneidade quanto ao modo de execução entre a tentativa de conjunção carnal e a consumação de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Pois bem. A edição da Lei n.º 12.015/2009, que introduziu profunda modificação no Título VI da Parte Especial do Código Penal, traz a necessidade de nova análise sobre o tema. A ideia da supracitada reforma do Código Penal nasceu na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes que – em consórcio com a Comissão Intersetorial de Combate à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União e a Organização Internacional do Trabalho – criou o Grupo de Estudos de Análise Legislativa.

A partir dos estudos desenvolvidos pela Associação dos Magistrados e Promotores da Infância e Juventude, pela Organização Internacional do Trabalho, pelo Centro de Defesa da Criança e do Adolescente e pelo Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado n.º 253, de 2004.

O citado projeto foi proposto com a justificativa de que a concepção então vigente no Código Penal não se dispunha a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes.

Quanto ao crime de estupro, a justificativa, citada no parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, da lavra do Senador Demóstenes Torres, assim dispunha:

"Além de suprimir tais formulações, o presente projeto, por inspiração da definição ínsita no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cria novo tipo penal que não distingue a violência sexual por serem vítimas pessoas do sexo masculino ou feminino.

Seria a renovada definição de estupro (novo art. 213 do CP), que implica constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele/ela se pratique outro ato libidinoso. A nova redação pretende também corrigir outra limitação da atual legislação, ao não restringir o crime de estupro à conjunção carnal em violência à mulher, que a jurisprudência entende como sendo ato sexual vaginal.

Ao contrário, esse crime envolveria a prática de outros atos libidinosos. Isso significa que os atuais crimes de estupro (art. 213 do CP) e atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) são unidos em um só tipo penal: "estupro".

Em relação ao novo art. 213, a pena base atual, que é de 6 a 10 anos, é mantida, mas está prevista a possibilidade de imposição de 8 a 12 anos de reclusão se do ato resulta lesão corporal de natureza grave (definida pelos §§ 1º e 2º do art. 129 do CP) ou se a vítima tiver idade de 14 a 18 anos. E, se da conduta resulta morte, essa faixa é

estipulada em 12 a 20 anos." (fls. 02/03 do parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.).

Durante sua tramitação no Senado Federal, o projeto recebeu 4 emendas, todas acatadas; em particular, a que incluiu no rol de crimes hediondos o estupro simples (art. 213, caput) e o estupro simples contra vulneráveis (art. 217, caput).

Aprovado nessa Casa Legislativa, foi o projeto enviado à Câmara dos Deputados, sob o n.º 4.850-B/05, onde recebeu um substitutivo que promoveu várias alterações, dentre elas, a manutenção do crime de atentado violento ao pudor, "litteris" : "Estamos, portanto, modificando este primeiro artigo, trabalhando um novo conceito de crime de estupro e dando-lhe maior precisão, uma vez que passamos a considerar crime de estupro a circunstância vivenciada não apenas pelas mulheres e meninas, mas também pelos homens e meninos. Por sugestão do Deputado Coruja, mantivemos o crime de atentado violento ao pudor como aquelas práticas diferentes do estupro em linhas gerais, mas que também configuram atos libidinosos sob grave ameaça, constrangimento ou violência. [...] Alerto aos senhores que não foi o objetivo do projeto de lei, e também não é da emenda substitutiva, ampliar as penas, mas a qualificação [...]. Em todos os casos em que a criança for vítima, a pena será agravada, pela sua condição de desenvolvimento ." (fls. 02/03 do Parecer do relator sobre a emenda Substitutiva Global de Plenário n.º 1 ao Projeto de Lei n.º 4.850/2005.) De volta à Câmara Alta, foi submetido a nova apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que, apreciando o Substitutivo da Câmara dos Deputados, o aprovou, com ajustes de redação, além de restabelecer o texto original do Projeto de Lei n.º 253/2004, em especial, a versão aprovada pelo Senado Federal em relação aos arts. 213, 215, 216-A, 217, 217-A, 218, 218-A, 218-B, 228, 231 e 231-A, com a alteração prevista para a Lei n.º 8.072/90, mantendo as revogações feitas no Senado para os arts. 214 e 216. Aprovado pelo Plenário, o Projeto de Lei n.º 253/2004 foi enviado à Presidência da República, que informou ao Presidente do Senado Federal, por meio da Mensagem n.º 640/2009, sobre o veto às modificações nos arts. 218, parágrafo único; 217-A, § 2.º; 234-A, incisos I e II; e 234-C do Código Penal, além de sancionar, no mais, o projeto de lei, editando, por fim, a Lei n.º 12.015, de 07 de agosto de 2009". Feito esse breve relato sobre as idas e vindas da matéria na seara parlamentar, neste ponto, aproveito para refletir sobre os limites da consideração dos trabalhos legislativos na interpretação da lei.

É fato que o intérprete não está atrelado às intenções do legislador, pois, adquirindo vida o antigo projeto de lei, por meio de sua sanção, publicação e decurso da "vacatio legis", se liberta do seu criador e passa a ter a sua interpretação ditada, em último grau, pelo Poder Judiciário, que dirimirá as dúvidas que surgirem, conforme lição de Karl Engisch sobre as teorias da interpretação jurídica: "Com o ato legislativo, dizem os objetivistas, a lei desprende-se do seu autor e adquire sua existência objetiva. O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás de sua obra. A obra é o texto da lei, 'a vontade da lei tornada palavra', o 'possível e efectivo conteúdo de pensamento das palavras da lei'. Este conteúdo de pensamento e de vontade imanente à lei é de futuro o único decisivo. Com efeito, só ele se constituiu e legalizou de acordo com a Constituição, ao passo que as representações e expectativas do autor da lei, que em volta dele pairam, não adquiriram caráter vinculativo algum. [...] O sentido incorporado na lei pode ser também mais rico do que tudo aquilo que os seus autores pensaram ao realizar o seu trabalho [...]. A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer fato histórico passado, mas são algo de vivo e mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação. " (Introdução ao Pensamento Jurídico, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ª edição, 1972, pp. 142/143.)

Todavia, a compreensão sobre a dinâmica que norteou o processo legislativo pode oferecer alguns indicadores, sobretudo em relação ao âmbito de proteção jurídica a que se refere a nova lei, nos termos de lição de CARLOS MAXIMILIANO, que admite o valor dessa análise, "litteris" : "Pelas razões expostas, quanto mais antiga é a norma escripta, menos se recorre, em sua exegese, aos Materiaes Legislativos. Interpreta-se hoje o texto vetusto de modo que melhor corresponda às necessidades do presente; basta que o sentido actual se coadune com a letra primitiva. Mudou o ambiente, o meio; o fim colimado é outro: a Hermenêutica precisa acompanhar a evolução geral.

Succede o contrário com a lei nova: as circunstancias que rodearam a elaboração do texto persistem ainda: actúan os mesmos factores sociais; nenhum progresso apreciável; perduram, para a colectividade, os objectivos económicos, as aspirações justas, os hábitos adquiridos, os usos e costumes.

Por outro lado, falta, no caso, ao pratico o apoio fácil, o travesseiro habitual e macio da jurisprudência. Eis porque se recorre com frequência, talvez demasiada, ao elemento histórico. Assim aconteceu na Alemanha, logo após a promulgação do Código Civil; phenomeno idêntico se observa no Brasil actual." (Hermeneutica e Applicação do Direito, Porto Alegre, Edição da Livraria do Globo, 1925, pp. 152/153.)

A nova lei tem despertado manifestações da doutrina marcadas pela diversidade, talvez pela raridade do fenômeno: uma lei nova que, sem recorrer à "abolitio criminis" , aglutina dois tipos penais, originalmente com penas de igual valor, em um só, prescrevendo pena equivalente a de um dos crimes previstos na lei anterior.

Trata-se de uma reviravolta na política criminal. Com efeito, VICENTE GRECO FILHO, em artigo intitulado "Uma interpretação de duvidosa dignidade", defende que: "A interpretação que se está querendo entrujar é a de que, tendo sido revogado o art. 214, deixou de existir o crime de atentado violento ao pudor a lei é mais branda

e, portanto, retroage para beneficiar os condenados por atentado violento ao pudor em concurso com o estupro para que se entenda que o crime é único, de estupro, ainda que mais de uma agressão sexual à mesma vítima tenha sido praticada em momentos diferentes e sob diversas formas. O estupro na forma de conjunção carnal absorveria as demais condutas.

[...] Se, durante o cativeiro, houve mais de uma vez a conjunção carnal pode estar caracterizado o crime continuado entre essas condutas; se, além da conjunção carnal houve outro ato libidinoso, como os citados, coito anal, penetração de objetos, etc., cada um desses caracteriza crime diferente cuja pena será cumulativamente aplicada ao bloco formado pelas conjunções carnavais.

A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigências dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido.

Não houve, pois, "abolitio criminis", ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art. 214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo.

Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive, respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou na prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos. " (publicado na página de internet da Associação Paulista dos Magistrados em 31/08/2009.)

Por outro lado, GUILHERME DE SOUZA NUCCI leciona, "litteris" : "É inequívoca a unificação de condutas criminosas, referentes aos anteriores estupro e atentado violento ao pudor, sob um mesmo tipo penal alternativo. Portanto, o agente que 'constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso' responderá por um só delito: estupro (art. 213, CP)." (Crimes contra a Dignidade Sexual, São Paulo, RT, 2009, fl. 63.)

No mesmo sentido: ROGÉRIO GRECO, Adendo – Lei n.º 12.015: Dos Crimes contra a Dignidade Sexual, Niterói, Impetus, 2009, p. 40.

Caracterizada tal divergência de opiniões, diante da nova redação do art. 213 do Código Penal, evidente a necessidade de se oferecer à comunidade jurídica "o apoio fácil, o travesseiro habitual e macio da jurisprudência", no dizer de CARLOS MAXIMILIANO.

O dispositivo analisado tem a seguinte redação, dada pela Lei n.º 12.015/2009:

"Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1.º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2.º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos."

No caso, a questão de direito apresentada diz respeito a quê modalidade de tipo penal diz respeito o referido dispositivo legal: se alternativo ou cumulativo.

Na hipótese do tipo misto cumulativo, as condutas acumuladas previstas no tipo têm, cada uma, "uma autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural", conforme lição de Jimenez de Asúa (Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).

No caso do tipo misto alternativo, Jimenez de Asúa leciona, "litteris" :

"Nesse sentido, entendemos por tipo casuístico alternativo aquele em que as hipóteses enunciadas se prevêm uma ou outra e são, enquanto ao seu valor, totalmente equivalentes, como observa Beling (Gründzuge, p. 22).

Nisso estamos inteiramente de acordo com a maior parte dos autores que falam de hipóteses alternativas, porque, para que a tipicidade exista, basta com que se realize, ao menos, um dos casos [...] para que a subsunção se realize." (Jimenez de Asúa, ob. cit., p. 916.)

Heleno Cláudio Fragoso, no mesmo sentido:

"Os tipos mistos são aqueles que contemplam mais de uma modalidade de fato. São alternativos, quando as ações são fungíveis e permutáveis, sendo indiferente a realização de mais de uma, no que se refere à unidade do delito. Temos exemplo no crime do art. 211 do Código Penal ("destruir, subtrair ou ocultar"). A esses NELSON HUNGRIA, com muita propriedade, chama de crimes de conteúdo variável.

Mas há também os tipos mistos impropriamente chamados cumulativos, em relação aos quais desaparece a fungibilidade, dando lugar ao concurso material.

Cada uma das modalidades do crime constitui uma figura autônoma de delito. Veja-se sobre este problema nossa tese *Conduta Punível*, 1961, págs. 137.e 205, e a bibliografia ali citada.

A distinção entre tipos mistos alternativos e cumulativos, remonta a BINDING, *Normen*, vol. I, p. 205 (2.a edição, 1890). Embora haja certa imprecisão doutrinária na formulação dos critérios para reconhecimento dos tipos cumulativos, não há dúvida quanto à sua existência. Veja-se a seguríssima lição de MEZGER, *Strafrecht, ein Studienbuch*, 1960, p. 104. No Código vigente, por exemplo, o art. 180, apresenta, com a receptação própria e a receptação imprópria tipos cumulativos, que dão lugar ao concurso material. " (Heleno Cláudio Fragoso, *A Reforma da Legislação Penal*, p. 57.)

Na espécie, o Paciente e dois comparsas constrangeram a vítima, de dezessete anos de idade, à conjunção carnal e à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mediante violência e grave ameaça, com o emprego de arma de fogo. Deve-se lembrar que, já durante o percurso, um dos réus obrigou a vítima à prática de sexo oral, mediante ameaças com arma. No imóvel, os réus obrigaram Raquel a despir-se e deitar sobre a cama, lugar onde todos mantiveram com a vítima cópulas vaginal e anal, além de sexo oral, sempre com atos de violência, como socos nas costas e mordidas no pescoço.

Como se vê, o fato de tais condutas – a conjunção carnal somada à cópula anal e ao sexo oral, acompanhados de socos e mordidas –, não serem equivalentes é o motivo pelo qual, desde há muito, a jurisprudência desta Corte, compartilhada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, entende pela impossibilidade de enxergar homogeneidade quanto ao modo de execução entre a conjunção carnal e a consumação de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, para fins de continuidade delitiva.

Afirmar que a submissão da vítima à realização de conjunção carnal tem o mesmo conteúdo de injusto do constrangimento ao exercício da cópula anal é ignorar o fato de que tal prática é carregada de estigma social, decorrente de sua associação com humilhação, submissão e rebaixamento moral.

Ademais, o coito anal ainda representa a imposição de grave risco de contaminação pelo vírus HIV, pois, segundo o Ministério da Saúde, trata-se de prática sexual de risco (*Aids - Leia Antes de Escrever*, publicado em 01/01/2003, disponível na página de internet <http://www.aids.gov.br/>). Evidencia-se, assim, que entre a conjunção carnal e o ato libidinoso autônomo não há fungibilidade ou equivalência.

Assim, conforme se extrai da descrição do brutal crime, ora analisado, verifica-se a inexistência de unidade de conduta, uma vez que a prática cumulativa das condutas descritas no tipo implica um aumento qualitativo do tipo de injusto, e não meramente quantitativo. Trata-se de outro modo de dizer que as condutas descritas no caput do art. 213 do Código Penal não são fungíveis, ou seja, não são passíveis de serem substituídas por outras de mesma espécie e valor.

Portanto, tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei.

Assim, se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto.

Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal.

Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como "praeludia coiti" – e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral.

Nesse sentido:

"Como se vê, o antigo atentado violento ao pudor passou a ser modalidade do estupro. E a razão foi simples: apesar da equiparação da pena, deixar claro que há práticas de atos libidinosos de igual ou maior gravidade que a conjunção carnal e que a vítima pode não ser mulher.

A interpretação que se está querendo entrujar é a de que, tendo sido revogado o art. 214, deixou de existir o crime de atentado violento ao pudor a lei é mais branda e, portanto, retroage para beneficiar os condenados por atentado violento ao pudor em, concurso com o estupro para que se entenda que o crime é único, de estupro, ainda que mais de uma agressão sexual à mesma vítima tenha sido praticada em momentos diferentes e sob diversas formas. O estupro na forma de conjunção carnal absorveria as demais condutas.

A situação fática poderia ser, exemplificativamente, a seguinte: "A" mantém "B" (no caso mulher) em cativeiro e a submete, mediante violência ou grave ameaça e a própria condição do sequestro, a conjunção carnal, coito anal, penetração de objetos e outras práticas.

Segunda a tese sugerida, haveria somente uma incidência do art. 213, vigente e retroativo porque mais benéfico.

A interpretação é absurda, viola o espírito da lei e viola o princípio da juridicidade.

Dissemos em outra oportunidade, quanto aos crimes de ação múltipla que, segundo a doutrina alemã, que primeiro estudou a matéria, os dispositivos que hipotizam mais de uma conduta são chamados de "Mischgesetze" (leis misturadas ou mistas), aos quais correspondem os "Mischtatbestande" (tipos misturados ou mistos).

Delogu e Santoro, para denominá-los, usam a expressão "normas penais conjuntas", que a nosso ver exprime melhor a ideia da reunião, num mesmo artigo, de mais de uma conduta que determinaria a incidência penal.

Os tipos, mistos ou conjuntos, de acordo com o ensinamento de Binding, Wertheimer, Mezger etc., podem ser de duas espécies: alternativos quando a violação de uma ou várias condutas previstas importa sempre no cometimento de um único delito; cumulativos quando há, na verdade, a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma pena, dando causa a um concurso de crime (material, formal, crime continuado).

Delogu (Le norme penali congiunte, in Annali, 1936, p. 521) nega a existência de tipos conjuntos alternativos, porque admiti-los equivaleria a aceitar que algumas violações devam ficar impunidas, ou seja, que para o legislador é indiferente que um interesse penalmente tutelado seja lesado uma ou mais vezes. Haveria, outrossim, desprezo ao princípio segundo o qual a cada violação deve corresponder uma sanção.

Delogu parte do princípio, portanto, de que a conjugação de normas é unicamente fruto de considerações de técnica legislativa, devendo ser consideradas como normas autônomas. Todavia, segundo o mesmo autor, também em relação a normas conjuntas pode ocorrer o fenômeno do concurso aparente de normas, em que os princípios da consunção, subsidiariedade e especialidade impedem o bis in idem e excluem a aplicação de outras hipóteses igualmente adequadas ao caso.

Massimo Punzo (Reato continuato, p. 74), em relação à teoria de Delogu, alerta que, ao se recorrer ao princípio da consunção para explicar a existência de um delito único em normas conjuntas, há implicitamente o reconhecimento de que existem normas conjuntas alternativas, porque estas existem segundo a doutrina alemã quando um determinado comportamento, que realiza mais de um tipo hipotizado conjuntamente, é punido com uma única sanção, por se tratar de um único delito.

Não se pode negar que o legislador, ao punir de forma equiparada atos preparatórios ou atos de execução, já previu que a consumação representa a violação, também, das incriminações anteriores, daí ter previsto normas conjuntas alternativas. Mas Delogu tem razão quando vê, nos princípios da solução do concurso aparente de normas, as regras para o crucial problema da identificação das hipóteses de normas conjuntas alternativas ou cumulativas.

O problema é agravado em virtude da precariedade da técnica legislativa; muitas vezes um mesmo tipo é, em algumas hipóteses, cumulativo e em outras alternativo e, por exemplo, num parágrafo vamos encontrar, ora uma norma alternativa porque poderia ser contida no caput em outra incriminação, ora normas de aplicação independente.

Assim, a tipo do art. 213 é daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão.

Vemos, nas diversas violações do tipo, um delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexo causal, teremos, então, delitos autônomos.

Por outro lado, pergunta-se: as normas conjuntas admitem o delito continuado?

Massimo Punzo (op. cit., p. 83) resume a solução do problema em três itens, válidos para o nosso estudo:

1) a continuação é possível entre tipos conjuntos representando violações da mesma norma, sempre que a realização dos tipos singularmente seja consequência de uma ação distinta e não de um ou mais atos da mesma ação, porque neste caso o delito seria único; 2) a continuação não é possível em relação aos tipos conjuntos alternativos, porque a realização das figuras, em tal caso, dá vida a um único delito. Entende-se que é possível um delito continuado composto de vários tipos cumulativos alternativos cometidos em execução de um mesmo desígnio criminoso (note-se que no Direito brasileiro a unidade de desígnio não é requisito do crime continuado, bastando a homogeneidade das circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras); 3) a continuação não é possível entre as figuras de um tipo conjunto cumulativo, porque a realização de cada uma delas representa a violação de um diverso preceito primário, ou seja, de uma disposição de lei diferente.

Em outras palavras, se houver repetição de condutas em circunstâncias de tempo e lugar semelhantes, poderá configurar-se o delito continuado, mas não haverá delito continuado entre figuras consideradas cumulativas.

A situação em face do atual art. 213 é a mesma do que na vigência dos antigos 213 e 214, ou seja, a cumulação de crimes e penas se afere da mesma maneira, se entre eles há, ou não, relação de causalidade ou consequencialidade. Não é porque os tipos agora estão fundidos formalmente em um único artigo que a situação mudou. O que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela, como no exemplo referido.

Não houve, pois, "abolitio criminis", ou a instituição de crime único quando as condutas são diversas. Em outras palavras, nada mudou para beneficiar o condenado cuja situação de fato levou à condenação pelo art. 213 e art.

permeiam o legislativo e indicam a necessidade de análise do direito sob o ponto de vista da linguagem, das interações e da reciprocidade de intenções que as convenções representam. Esta indicação de intenção não deve ser confundida, nem tão pouco oferece justificativa, com o fato de uma legislação possuir um significado linguístico, deva incorporar uma intenção determinada e atribuível a um usuário específico da língua.

Um ponto que se deve encaminhar a discussão sobre esta temática, intenção legislativa, é uma pequena análise sobre a autoridade. No passo seguinte desenvolveremos tal proposição, ainda sob a perspectiva do uso de dos conceitos na abordagem dogmática e zetética, com fito ao desenvolvimento de um elemento a mais na interpretação pragmática.

8.3 AUTORIDADE E INTENÇÃO.

No presente tópico, pretendemos analisar a questão presença de intenção na autoridade advinda da elaboração de textos normativos, argumentando com pontos de vistas favoráveis e contrários à tese da intenção.

Partimos da proposição de Waldron em que se analisa posicionamento a partir do pensamento de Joseph Raz, no qual fala sobre a "maneira norma de estabelecer que uma pessoa tem autoridade sobre outra pessoa" (2000, p. 511). Há claramente um abandono do reconhecimento de autoridade em organizações ou no direito, transferindo-a para pessoas, para em seguida proceder uma análise da relação entre grupos de pessoas. Sob seu ponto de vista, portanto, mesmo instituições como o legislativo é formado por grupos de pessoas que se dirigem a outros grupos de pessoas na sociedade. Percebe-se que procura forjar uma relação estreita entre autoridade e autoria. A autoridade não pode ser sistêmica, mas deverá ser atribuível a um autor.

214 cumulativamente; agora, seria condenado também cumulativamente à primeira parte do art. 213 e à segunda parte do mesmo artigo.

Por todos esses argumentos e em respeito ao espírito da lei e à dignidade da pessoa humana, essa é a única interpretação possível, eis que, inclusive, respeita a proporcionalidade. Não teria cabimento aplicar-se a pena de um único estupro isolado se o fato implicou na prática de mais de um e de mais de uma de suas modalidades, a conjunção carnal e outros atos libidinosos autônomos. " (GRECO FILHO, Vicente, Uma interpretação de duvidosa dignidade, publicado na página de internet da Associação Paulista dos Magistrados em 31/08/2009.)

Assim, Marmor supõe que uma lei, L, somente pode ter autoridade se é verdade o seguinte a respeito da pessoa, X, que a publicou: a saber, que, para qualquer pessoa Y à qual se dirige a lei, é melhor seguir a visão que X tem das razões que se aplicam à conduta de Y do que tentar determinar essas razões por si. Isso porque uma lei ter autoridade, nessa descrição, é o seu autor ter (ou ter tido) uma visão, e uma visão que seja superior, em algum aspecto, a qualquer visão que possa ser formada pela pessoa a quem se dirige a lei (2000, p. 512-513).

Waldron propõe o seguinte: "[J]: Uma lei (ou qualquer texto) L tem autoridade sobre uma pessoa Y apenas se é provavelmente melhor para a pessoa Y aquiescer às razões que se aplicam a ela seguindo as disposições de L do que tentar seguir essas razões diretamente" (Ibidem, 513).

Procura, ainda, fazer uma contraposição a Marmor, destacando que não se pode conceber, simplesmente, uma legislação útil que surja de processos impessoais ou mecânicos (informáticos, por exemplo). E acrescenta:

Quero argumentar também que, em cada um desses casos, qualquer razão que eu tenha para conferir autoridade à legislação resultante também é uma razão para reduzir o valor da autoridade das visões ou intenções dos legisladores específicos considerados isoladamente (Idem, p. 524).

O modelo de autoridade proposto por Raz e Marmor, parte da pressuposição de que "existe uma pessoa ou grupo X cujo conhecimento ou situação é tal que qualquer cidadão comum Y deva confiar nas diretrizes de X em vez de confiar no próprio raciocínio".

Esse modelo remete-nos ao Estado de Direito⁹⁹. Assim o é, pois uma parte significativa do conceito normativo de autoridade jurídica faz com que os próprios

⁹⁹ A respeito do conceito de Estado de Direito, nunca é demais lembrar ter surgido e se confundido com a noção de Estado Liberal de Direito, encontrando síntese posterior com as noções de Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito. Tendo como princípios basilares a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção de leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal (grifos do original). SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 112-113. FERRAJOLI, Luigi procura distinguir dois sentidos para o Estado de direito: "Nel primo senso essa significa semplicemente "stato legale", ossia un modello di ordinamento nel quale la legge, qualunque ne sia il contenuto, è *condizionante* della validità e dell'efficacia degli atti da essa previsti. Nel secondo senso essa indica, per di più, un modello di ordinamento ove tutti i poteri, incluso quello legislativo, sono sottoposti alla legge, la quale dunque è essa stessa *condizionata*, nella predisposizione degli effetti degli atti, a limiti e a vincoli di carattere non solo formale ma anche sostanziale". E continua para indicar qual dos modelos é abraçado pela Europa ocidental: Intenderò d'ora in poi 'stato di diritto' nel secondo senso, stretto o forte, riferendomi prevalentemente all'esperienza dello stato costituzionale di diritto sviluppatasi in Europa nel secondo dopoguerra con l'introduzione delle costituzioni rigide. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. Roma: Laterza. 2007, p. 485 e 486, v. I.

legisladores sejam submetidos e obrigados às leis que aprovam. Waldron faz a seguinte observação:

Na abordagem Raz-Marmor, é impossível que uma lei possa ter *autoridade* para com um legislador, pois não faz nenhum sentido dizer que X tem mais razão para confiar nas diretrizes de X do que no seu próprio raciocínio na questão de que X está tratando. Por contraste, os três argumentos¹⁰⁰ que apresentei possuem a atraente capacidade não apenas de satisfazer a tese [J] no que diz respeito à justificação normal da autoridade, mas também de tornar claro por que as leis devem ter autoridade sobre os que as votam (2000, p. 525).

Destaque-se os três aspectos mencionados: O primeiro utilitarista, capaz de agregar preferências individuais da maneira exigida pela função aplicável do bem estar social; o segundo, o teorema do Condorcet, no qual a visão da maioria tem probabilidade maior de estar correta que a probabilidade de qualquer das visões consideradas corretas; e o terceiro, da síntese aristotélica, na qual uma multidão através de processo deliberativo, pode forjar uma visão melhor do que a que chegaria a mais sábia dentre ela.

Tomemos a análise de tais aspectos.

8.3.1 UM ARGUMENTO UTILITARISTA.

O argumento utilitarista em favor da democracia é historicamente calcado em dois pontos principais: o processo de escolha pública por decisão da maioria e uma função de bem-estar social. Na impossibilidade de satisfazer as preferências de todos, adota-se um curso de ação para promover a satisfação de tantos quanto possíveis, atribuindo-lhes o máximo de felicidade¹⁰¹. Os dois pontos "podem ser mais ou menos um guia confiável para as condições de felicidade individual" (WALDRON *in* MARMOR, 2000, p. 516).

E continua:

Ora, é claro que existem todos os tipos de dificuldade nessa equação. Ela pressupõe que os indivíduos estão votando para sua própria felicidade; supõe que são juízes confiáveis dela; e evita inteiramente a questão da intensidade de suas preferências.

¹⁰⁰ Refere-se aos pontos de vista utilitarista, o teorema de Condorcet e a síntese aristotélica, conforme trataremos abaixo.

¹⁰¹ Tema que utilizamos como correlato de bem estar social. Cf. MILL, John Stuart. *Liberdade:Utilitarismo*. São Paulo: Marins Fontes. 2000.

Além disso, no caso de uma legislatura representativa (em oposição a uma democracia direta), deve-se acrescentar certo número de epiciclos para assegurar que os votos dados por cada legislador particular representem precisamente a proporção entre as várias preferências de seus eleitores (Idem, *ibidem*, p. 517).

Essa busca da felicidade individual torna-se algo de grande dificuldade de determinação em virtude da complexidade e variedade do conjunto de eleitores, para alcançar esse bem estar social. Ainda que se fizesse uma seleção com a utilização de recursos informatizados para identificá-lo, restaria a cargo de um único indivíduo a análise subjetiva desse conjunto de intenções dos eleitores e determinar-se sobre ele. Nesse sentido, um programa de informática seria importante para aqueles que acreditem que a identificação da "verdade" do que deve ser feito é utilitarista e esse método, e seus resultados, é que estariam dotados de autoridade.

Em contraposição, é necessário ter em vista que cada legislador individual está votando tendo em conta o seu interesse ou o interesse de seus eleitores particulares. A autoridade da legislação resulta da reivindicação de representar o interesse geral.

As razões que levaram o legislador a votar como votou, então, não são as razões que existem para respeitar o resultado: este deve ser respeitado porque incorpora a utilidade *social*, ao passo que a primeira reivindica ser considerada com base no fundamento de que incorpora a utilidade individual ou grupal (2000, p. 525, grifo do autor).

Com tal raciocínio, pode-se afirmar que o fundamento da autoridade do direito, não repousa, nem reflete os propósitos de algum legislador em particular.

Sem que se afirme de modo definitivo, é possível que questões muito particulares, simples e de determinada região, "possamos dizer que o interesse geral apenas é o interesse compartilhado por uma maioria de votantes" (Idem, p. 525). Para buscar trazer para a realidade brasileira, podemos exemplificar com a questão de destinar verbas para o desenvolvimento de grandes propriedades rurais, ampliando as facilidades de armazenamento e estocagem, incentivo para exportação, mecanização ou para a produção sob os auspícios da agricultura familiar, com melhoria de estradas vicinais, armazenamento e estocagem, para hipótese de não ser possível fazer ambas as coisas. Se a prevalência dos interesses individuais privilegiar a segunda, pode-se tomar a decisão como indicativo para implementação da política social favorecida. "A decisão social é sobre quem beneficiar; uma vez decidido isso, podemos também considerar os interesses dos vitoriosos como nosso melhor guia para o que a utilidade geral exige" (Idem, 526).

Ressalte-se mais uma vez, há que ser situação em que a escolha seja tremendamente simples. Havendo complexidade nesta escolha tal posicionamento se esvai.

7.3.2. TEOREMA DE CONDORCET.

O chamado teorema de Condorcet equivale a dizer-se que é melhor seguir a decisão da maioria do que de um único legislador.

Ao tratar da soberania, J.J. Rousseau, procura identificar, inicialmente, uma vontade por parte do soberano visando ao bem comum. Assim, diz ele:

A primeira e mais importante consequência dos princípios acima estabelecidos está em que somente a vontade geral tem possibilidade de dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, isto é, o bem comum; pois, se a oposição dos interesses particulares tomou necessário o estabelecimento das sociedades, foi a conciliação desses mesmos interesses que a tornou possível. Eis o que há de comum nesses diferentes interesses fornecedores do laço social; e, se não houvesse algum ponto em torno do qual todos os interesses se harmonizam, sociedade nenhuma poderia existir. Ora, é unicamente à base desse interesse comum que a sociedade deve ser governada (1965, p. 38).

E continua:

Digo, pois, que outra coisa não sendo a soberania senão o exercício da vontade geral, jamais se pode alienar, e que o soberano, que nada mais é senão um ser coletivo, não pode ser representado a não ser por si mesmo; é perfeitamente possível transmitir o poder, não porém a vontade (Idem, *ibidem*, p. 38)

O marquês de Condorcet procura estabelecer, em um estudo matemático¹⁰² desenvolve um teorema com a finalidade explicar o processo decisório no interior do parlamento. Tomando por ponto de partida a presunção apresentada no tópico anterior, de que os legisladores individuais quando votam fazem-se diferentes questões enquanto votam sobre o que querem cada um deles, poderíamos afirmar como verdadeiro que cada um deles perguntassem: "Quais são as preferências dos meus eleitores" (WALDRON *in* MARMOR, 2000, p. 518).

¹⁰² Cf. *Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-making*, in BAKER, Keith M. (org.). *Condorcet: Select Writings*. Indianapolis: Bobb-Merril. 1976, 33-70.

Outras vezes, no entanto, os legisladores poderão estar fazendo a mesma pergunta: "O que é bom para todos, ou para a sociedade em geral, ou o que é mais justo. "Muitas vezes, *cada um* considera estar expressando uma visão a respeito do bem-estar geral" (ibidem, p. 518).

Tomemos a concepção de Condorcet, apresentada por Grofman e Feld:

Suponha que há três votantes - V, W e X - votando independentemente, cada um com uma chance de 0,6 de estar certo. Quando V dá o seu voto, há uma chance de 0,6 dele estar certo e uma chance de 0,4 de estar errado. Quando W dá o seu voto, há uma chance de $0,6 \times 0,6 = 0,36$ de que uma maioria compreendida pelo menos de W e V estará certa; uma chance de $0,6 \times 0,4 = 0,24$ de que V estará certo e W errado; e uma chance de $0,4 \times 0,6 = 0,24$ de V estará errado e W certo. Agora X dá o seu voto. Se V estava certo e W errado, há uma chance de $0,24 \times 0,6 = 0,144$ de que uma maioria compreendendo apenas V e X estará certa. E, se V estava errado e W certo a mesma chance (0,144) de que uma maioria compreendendo apenas W e X estará certa. A probabilidade geral de que uma maioria estará certa é, então,

$$0,36 \text{ (VWX ou VW)} + 0,144 \text{ (VX)} + 0,144 \text{ (WX)} = 0,648$$

que é mais elevada que a competência individual de 0,6 com que começamos.

Para uma percepção da diferença que pode fazer um aumento no tamanho do grupo, considere que, se acrescentarmos ao grupo dois votantes adicionais com a mesma competência individual (0,6), obtemos uma competência de 0,68256 para cinco membros decidindo por uma maioria. Para obter uma competência grupal maior que 0,9, precisamos apenas acrescentar 36 membros adicionais com competências individuais de 0,6 (1976, p. 42).

Esse teorema possui limites, pois se a competência média individual desce ao patamar estabelecido (0,6 ou 0,5), a competência majoritária tende a zero à medida que aumenta o tamanho do grupo. Assim, a autoridade do resultado encontrará seu fundamento no teorema se há a probabilidade maior, na média, de os votantes estarem certos quanto à alternativa escolhida. De outro lado, haverá mais razões para duvidar da autoridade do resultado havendo mais probabilidades, na média, de que os votantes escolham incorretamente. Condorcet acreditava que a competência individual média tenda a declinar na medida que aumenta-se o tamanho do grupo em uma legislatura determinada. Condorcet acrescenta:

Uma assembleia muito numerosa não pode ser composta de homens muito esclarecidos. É até mesmo provável que os que compõem (sic) essa assembleia combinem, em muitas matérias, grande ignorância com muitos preconceitos. Assim, haverá um grande número de questões sobre as quais a probabilidade da verdade de cada votante será baixa. Decorre daí que, quanto mais numerosa a assembleia, mais estará exposta ao risco de tomar decisões falsas (1976, p. 49).

O teorema apresentado por Condorcet indica haver razão de um programa de informática para aferir as vontades e conferir autoridade à decisão, tal como uma máquina

Wolheim, pelo menos em algumas circunstâncias. Destaca-se a característica mecanicista do referido teorema

De salientar-se, porém, o modo como a dogmática ainda aborda a intenção legislativa. Tal recurso como auxiliar interpretativo é buscado, sempre que a intenção legislativa for diferente da "ipissima verba" da legislação, é "que se podem lançar alguma luz sobre problemas interpretativos enfrentados pelos tribunais, superior à luz lançada pelo próprio texto" (WALDRON *in* MARMOR, 2000, p. 527).

Waldron que complementa:

Todas as sugestões sobre consultar as intenções de legisladores são sugestões sobre consultar visões, propósitos e ideias que não são diretamente reveladas no texto da própria legislação (se não, para que fazer isso?) Mas foi apenas o texto que se votou, e é apenas no que diz respeito a esse texto que podemos falar de uma visão majoritária. Relativamente a qualquer outra compreensão, a identificação de uma visão como sendo sustentada pela maioria é sempre tendenciosa, e é improvável que algum dia será menos controvertida que a questão sobre a qual sua alegada autoridade supostamente lança luz (Ibidem, p. 527/528).

Busquemos um acréscimo com a doutrina de Aristóteles sobre a sabedoria da multidão, abordando a sua síntese para o processo decisório na formação legislativa.

7.3.3 SÍNTESE ARISTOTÉLICA.

O raciocínio de Condorcet essencialmente mecânico e anistórico - como diria Perelman - afasta qualquer questionamento e análise sobre elementos primordiais, tal como a justiça. "Além disso, o resultado de Condorcet não leva em conta a discussão, a deliberação e a persuasão - os próprios processos que têm probabilidade de reduzir um registro legislativo ao qual possa recorrer o juiz em busca da intenção de Marmor" (WALDRON *in* MARMOR, 2000, p. 520).

Aqui tomamos o argumento de Aristóteles com a questão discutida no Livro Terceiro da obra Política, na qual é discutida se o poder político deve estar nas mãos de muitos ou de poucos homens, até mesmo de um único homem, de grande conhecimento, que ele chama de

eminente. Mas Aristóteles reconhece verdade no poder nas mãos da multidão, assim afirma ele:

Porque é possível que os que formam a multidão, embora não seja cada um deles um homem superior, prevaleçam, quando reunidos, sobre os homens mais eminentes, não como indivíduos, mas como massa (do mesmo modo que os banquetes de despesas comuns são mais belos que aqueles cuja despesa é paga por uma única pessoa). Cada indivíduo, em uma multidão, tem a sua parte de prudência e virtude. Da reunião desses indivíduos faz-se, por assim dizer, um só homem que possui uma infinidade de pés, mãos e sentidos. O mesmo acontece em relação aos costumes e à inteligência. Aí está por que a multidão julga melhor as obras dos músicos e dos poetas; porque um aprecia uma parte, outro outra, e todos reunidos apreciam o conjunto (2009, p. 98, 1281b, 1-10).

E retoma esta ideia logo adiante:

Hoje são os cidadãos reunidos em assembleia que julgam, deliberam, pronunciam; e todos esses julgamentos se referem a casos particulares. Sem dúvida, cada indivíduo comparado à multidão tem talvez menos mérito e virtude, pois a cidade composta de uma multidão de cidadãos tem mais valor, do mesmo modo que um banquete ao qual cada um traz a sua parte é mais belo e menos simples que aquele que é custeado por uma só pessoa (Idem, p. 111, 1286a 28-34).

O que é possível retirar-se desta teoria política é que a reunião de muitos cidadãos é capaz de introduzir a diversidade de perspectivas das questões complexas e unir tais perspectivas para alcançar-se uma decisão que poderá ser considerada melhor que a de um indivíduo sozinho.

Recorramos a um exemplo de Waldron:

Suponha, por exemplo, que a *ecclesia* ateniense está considerando se deve preparar uma invasão da Sicília. Um homem pode conhecer a geografia do litoral siciliano; outro pode conhecer o caráter dos habitantes da ilha; um terceiro pode ter a experiência de expedições anfíbias a outras regiões; um quarto pode estar a par do estado atual da frota ateniense; um quinto pode ser um amargo veterano de catástrofes militares do passado; um sexto pode saber o que pode ser ganho com a expedição; e assim, por diante. Nenhuma pessoa pode ter, sozinha, todas essas informações e experiências. A maneira mais racional de tomar a decisão, então, é unir o conhecimento dos vários indivíduos¹⁰³ (WALDRON in MARMOR, 2000, p. 522).

E essa interação é feita, como afirma Aristóteles, através da fala. É ela que nos permite o convívio em sociedade e também o entendimento na formulação de leis, por exemplo. "A palavra, porém, tem por fim fazer compreender o que é útil ou prejudicial, e, em consequência, o que é justo ou injusto" (2009, p. 16, 1253a 14-16).

¹⁰³ O exemplo tem em vista somente para buscar demonstrar a vantagem da decisão coletiva. É certo, no entanto, que a relação ou correlação de forças que formam um corpo legislativo não pode ser explicado desta maneira, vez que agrupa, como regra, diversas pessoas com formação, visão, expectativas, desejos, etc. muito diversas uns dos outros.

Assim, é possível apresentar dois modos de dar forma ao que acontece na reunião de conhecimento e experiência, as sínteses individual e grupal.

7.3.3.1 Síntese individual.

Na síntese individual, cada legislador analisa a visão exposta por cada um dos demais e traduz dá-lhe em forma de síntese que refletirá em seu voto. Se o ponto de vista apresentado, a partir da apreensão do que foi exposto, é revestido de racionalidade e compreensão, deve ser considerado como dotado de autoridade. E Waldron destaca que "a visão da maioria de tais legisladores teria qualquer autoridade que emana do fato de que parece incorporar a mais persuasiva das sínteses alcançadas dessa maneira" (2000, p. 523).

A intenção de um legislador específico pode revelar somente a visão parcial da síntese incorporada na legislação. E interpretar a legislação apenas com tais intenções seria "distorcer o todo integrado", levando-o a tender para uma de suas partes.

É preciso admitir que isso não leva em conta a situação *ex post*. Pois, após a deliberação e a reunião do conhecimento e da experiência, pode ser verdade que algum dos legisladores (ou, até mesmo, talvez, todos) esteja mais bem-informado sobre a questão do que ele ou qualquer outra pessoa poderia estar se enfrentassem a partir do zero, com o benefício apenas do seu julgamento, sem nenhum auxílio (Idem, p. 528).

Vê-se, no entanto, que em algum momento essa síntese individual terá que se fundir e assim revelar a sabedoria da multidão. E somente após a síntese coletiva, ou grupal, é que teremos o texto final da lei. E não se imagina buscar a intenção legislativa na fase discussão do projeto, quando ainda não está consolidado seu texto final¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Esse foi o caminho adotado pela nova legislação do estupro, conforme é possível comprovar da leitura de matéria jornalística da Folha de São Paulo, na qual a assessoria do senado acena com a possibilidade de alterar a lei 12.015/08, vez que não está atingindo o objetivo manifestado pela CPMI sobre a exploração sexual. Segundo um dos legisladores individuais, a Deputada Maria do Rosário, registrada pelo periódico da seguinte maneira: "Para a parlamentar, os magistrados fazem uma interpretação equivocada da lei, que tem como principal objetivo unificar, na expressão estupro, outros ataques sofridos por mulheres e crianças". Saliente-se, as diversas modificações através de emendas ocorridas no projeto até ser transformado em lei. <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/751775-senado-avalia-mudar-nova-lei-do-estupro-apos-beneficiar-condenados.shtml>, consultado em 02 de set. de 2010.

7.3.3.2. Síntese grupal

Em se tratando, porém, de questão complexa e sutil, a síntese dotada de autoridade pode surgir da ação do grupo e não da compreensão individual. "Esse é o modelo da deliberação pública - às vezes designado como o 'mercado das ideias' - apresentado por Stuart Mill. Após discutir sobre os pontos de vistas divergentes, em diversos campos do conhecimento, Mill afirma o seguinte:

Nas grandes preocupações práticas da vida, a verdade é tanto mais uma questão de reconciliar e combinar opostos, que apenas pouquíssimos possuem espírito suficientemente amplo e imparcial para fazer o ajuste próximo da correção, o que se deve fazer mediante o rude processo de conflito entre combatentes lutando sob estandartes hostis (2000, p. 73-74).

Acrescenta Waldron:

Aqui a sugestão é que as pessoas simplesmente jogam as suas experiências e opiniões no fórum público e, se os outros as compreendem exatamente ou não, elas terão o seu efeito, e a verdade surgirá por meio de uma espécie de processo de "mão invisível", análogo àquele pelo qual Adam Smith pensava que a eficiência surgiria da operação do mercado (2000, p. 523-524).

Observe-se, no entanto, que Mill não pressupõe que a contribuição de cada um dos que expõem suas opiniões, estejam elas sendo recolhidas por todas as outras pessoas e sintetizadas por elas com suas próprias visões, racionalizadas e compreendidas, para o embate com outros de modo semelhante. Na concepção de Mill, ideias aparentemente inconciliáveis podem ter um efeito dialético mútuo, fazendo surgir algo "melhor" da discussão. E o ajuste entre as várias visões, ainda na concepção de Mill, poderá ser alcançado mesmo não sendo a síntese deliberada de uma única mente¹⁰⁵.

A concepção de Mill encontra-se mais como descrição de crenças verídicas em uma cultura, um dos pressupostos básicos do Estado de Direito é a de decisões tomadas de modos explícito, sem que haja uma mão invisível a apertar os botões e formalizar as votações.

¹⁰⁵ Para uma melhor delimitação do tema, transcrevemos um pequeno fragmento da obra de Mill: Além disso, em política é quase um lugar-comum ter um partido da ordem e da estabilidade e um partido do progresso e da reforma como elementos necessários de um estado saudável de vida política, até que um ou outro amplie de tal modo o controle mental próprio a ponto de se converter num partido igualmente da ordem e do progresso, conhecendo e distinguindo o que convém preservar e o que se deve abolir. Idem, p. 73.

Com a exposição acima esperamos ter alcançado a necessária delimitação sobre a apresentação entre a teoria objetiva e a teoria subjetiva. O presente trabalho não estabelece um compromisso com uma ou outra das teorias, mas apenas deixa a fundamentação teórica de ambas as opções como realidade para na dogmática jurídica. A discussão pode e deve ser ampliada, mesmo diante da possibilidade de uma teoria da argumentação apontada para a pragmática jurídica, embora tal opção é claramente divergente da adotada por pensadores tidos por modernos como Roberto Alexy, que fazem uma opção explícita pelo resgates de cânones interpretativos tradicionais da dogmática jurídica, inclusive com a opção do legislador histórico (2001, p. 229 e segs.)

Ressalto o posicionamento do professor Ferraz Júnior que se utiliza de analogia da teoria da tradução para enfrentar o desafio Kelseniano e investigar as razões pelas quais tanto a corrente objetivista quanto a subjetivista são insuficientes. Nos vemos à volta com a boa ou a correta tradução.

Mas afinal, como sair do impasse ante a insuficiência das duas correntes? A resposta para esta questão será iniciada no próximo capítulo com a abordagem do Poder de violência simbólica.

CAPÍTULO IX

Interpretação e Violência Simbólica

9.1 INTRODUÇÃO.

Para a finalidade de nossa investigação, continuamos na análise do que se faz quando se interpreta uma norma jurídica. No presente capítulo, procuraremos proceder a uma aproximação da tradução e a interpretação.

Em um segundo momento faremos a análise do poder de violência simbólica, para em seguida fazermos uma análise da língua hermenêutica e o legislador racional. Saliente-se, no entanto, que o enfrentamento do constructo do legislador racional será abordado apenas no próximo capítulo.

Abordaremos ainda a questão da paráfrase e o exame da vaguidade, clareza e precisão dos textos normativos, através da análise dos códigos fortes e fracos.

9.2 INTERPRETAÇÃO E TRADUÇÃO.

Comumente somos inclinados a crer que o sentido de um texto qualquer vem posto em sua estrutura interna e que a função do leitor resume-se a decodificar cada expressão para obter-se uma compreensão do seu verdadeiro sentido. Muitas vezes, é necessário até mesmo o uso do dicionário nesta operação de busca do sentido de cada expressão. Com a tradução¹⁰⁶

¹⁰⁶ Apesar da referência à tradução para o início da análise de elementos tipicamente pragmáticos, não nos interessa aqui uma discussão de cunho científico sobre a tradução. Não se ignora a importância da linguística moderna, por volta dos anos 50 do século passado, onde a filologia transforma-se em linguística diacrônica. Como ensina Olmi (2001): "graças ao contributo de teóricos da comunicação e da tradução não-literária, a ênfase começa a recair no leitor, pela necessidade de informar o leitor, de forma eficaz, na esteira de E. Nida, Firth e dos adeptos da Escola de Leipzig". Da mesma forma, não se pretende adentrar sobre esta discussão da linguística e tradução, nem tão pouco aproximar-se da linguística contrastiva e tradução, ou suas tendências posteriores. Cf. OLMÍ, Alba. Metodologia crítica da tradução literária. 2001; RODRIGUES, Cristina Carneiro. Tradução e

algo semelhante ocorre, muitas vezes, principalmente se tomarmos em consideração um texto qualquer de uma cultura com um significativo intervalo espacial ou temporal.

Ugo Volli nos apresenta como exemplo, uma fábula esquimó:

Havia uma mulher velha e cega que, além de tudo, já não tinha mais condições para andar. Certa vez pediu à filha um pouco de água para beber. A filha estava tão saturada da mãe que lhe deu uma vasilha cheia da própria urina. A velha bebeu até a última gota e disse: "Você é mesmo uma ótima filha! Diga-me: quem você preferiria como amante, um piolho ou um peixe-escorpião?"

"É claro que um peixe-escorpião", riu a filha, "porque seria mais fácil enxotá-lo quando dormisse com ele"

A velha, então, começou a tirar escorpiões da vagina, um após o outro, até cair morta (*Vecchiaia*, em Carter, 1991) (2007, p. 148).

Esta tradução dicionarizada nos permite alcançar o significado individualizado de cada uma das palavras que compõem o texto, no entanto, seu significado de conjunto não é alcançado.

A ideia de que toda interpretação deva ser considerada uma tradução possui raízes profundas na hermenêutica, como destaca Humberto Eco:

As razões são óbvias: do ponto de vista hermenêutico todo processo interpretativo é uma tentativa de *compreensão* da palavra alheia e, portanto, o acento foi posto na unidade substancial de todas as tentativas de compreensão do que foi dito pelo Outro. Nesse sentido, a tradução é, como dizia Gadamer, uma forma de *diálogo hermenêutico* (2007, p. 270, grifo do autor).

Guastini da mesma forma chama a atenção para esta ligação entre a interpretação e a tradução, afirmando textualmente:

A interpretação não é que uma espécie de tradução. Mais precisamente: a interpretação e a tradução são congêneres. Ambas são, na verdade, nada mais que uma reformulação dos textos.

"Traduzir" é reformular o texto em uma língua diferente da qual ele é elaborado. "Interpretar" significa reformular um texto não importa se na mesma língua em que é formulado (como geralmente acontece) ou em um idioma diferente. No direito, a interpretação é tida geralmente reformulação do texto normativo (1993, p. 328, tradução livre)¹⁰⁷.

Também não podemos deixar de considerar a dificuldade de descrever uma "cultura muito diferenciada da experiência do segundo leitor, com a qual o tradutor quer fazê-lo entrar

diferença. 2000. BATTAGLIA, Maria Helena V.; NOMURA, Masa. Estudos linguísticos contrastivos em alemão e português. 2008.

¹⁰⁷ l'interpretazione non è che una sorta di traduzione. Più precisamente: l'interpretazione e la traduzione sono congeneri. Tanto l'interpretazione quanto la traduzione, infatti, altro non sono che riformulazioni di testi.

"Tradurre" significa riformulare un testo in una lingua diversa da quella in cui esso è formulato. "interpretare" significa riformulare un testo non importa se nella stessa lingua in cui è formulato (come di regola accade) o in una lingua diversa. In diritto, l'interpretazione è tipicamente riformulazione dei testi normativi delle fonti.

em contato" (OLMI. 2001, p.107). Nesta hipótese, haverá necessidade de recorrer-se a circunstâncias determinadas a definir algo, que para o leitor original já se faz por demais conhecida.

No exemplo formulado por Volli, da fábula esquimó, este esclarece que para alcançar um mínimo de compreensão seria necessário:

...ir para Groelândia, em alguma comunidade de esquimós, durante algum tempo, com o objetivo de familiarizar-nos progressivamente com os códigos, com a tradição narrativa, com os costumes etc. de quem narra essa história. Em suma, devemos interpretar esse texto particular à luz do *texto mais geral* constituído pela cultura no qual está inserido. A partir apenas do texto isolado, não é possível fazer coisa alguma senão supor uma série de possíveis sentidos (Ibidem, p. 148-149).

Tomando a afirmação de Flusser que a língua é um sistema completo, não sendo fechado, porém. "Há possibilidades de ligar diversas línguas, há possibilidade de passar-se de um cosmos para outro. Existe a possibilidade de tradução" (2007, p. 56). Podemos afirmar, então que traduzir é transpor o texto de uma língua para o de outra língua.

Referimo-nos a duas línguas naturais, como o português, o inglês, mas podemos ampliar o conceito. Toda vez que um cientista *explica* para o público não especializado uma teoria - obra de divulgação científica -, realiza também uma tradução, isto é, transpõe uma língua técnica numa língua natural. Que as traduções são possíveis atesta o fato de que elas ocorrem. Qual, porém, seu fundamento teórico? (FERRAZ JÚNIOR¹⁰⁸ in HARET; CARNEIRO, 2009, p. 24, grifo do autor).

O professor Ferraz Júnior apresenta pelo menos duas respostas para a questão proposta: uma com a teoria realista e outra com a teoria idealista. Passemos à análise desta dupla abordagem proposta.

A primeira é a calcada na ideia de que traduzir significa buscar, nas duas línguas, o mesmo objeto nelas representado. Podemos identificar uma tendência deste posicionamento no direito, fazendo a junção com a chamada concepção essencialista da língua, muito comum em abordagens da dogmática jurídica. Há uma explicação em tal abordagem, nos alerta Ferraz Júnior, a "possibilidade de se fornecer a *essência* do fenômeno confere segurança ao estudo e à ação" (2001, p. 34, grifo no original), essa concepção busca reduzir a complexidade, para fornecer a possibilidade de domínio do objeto (LUHMANN, 2009, p. 180). Um exemplo possível seria o seguinte:

¹⁰⁸ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio. **Introdução ao estudo do direito: Técnicas, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2001, 264 e segs.; SILVA e COSTA, Carlos E. B. **A hermenêutica como dogmática: anotações sobre a hermenêutica jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr** in BOUCAULT, Carlos E. A.; RODRIGUEZ, José R. (orgs.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 249-276; e, FLUSSER, Vilém. **Linguagem e realidade**. 3. ed. São Paulo: Annablume. 2007.

se não sabemos o que quer dizer a sentença em inglês "this is a table", , procuramos a coisa (*res*) por ela designada e, depois, vamos ao português, para achar a sentença que, de forma equivalente, designa o mesmo objeto: "isso é uma mesa". A coisa (*res*) é o fundamento da *correta* tradução. A observação de como se traduz revela o *critério* da boa tradução. Em razão desse critério (a coisa, *res*), chamemos essa teoria de *realista* (FERRAZ JÚNIOR in HARET; CARNEIRO, 2009, p. 24, grifo do autor).

Mesmo com a aparência de clara e intuitiva, a teoria realista não é passível de apoio. O processo de tradução não ocorre desta maneira. Não se parte do texto de uma língua determinada para a *res* e posteriormente para a outra língua. O que ocorre é a identificação do objeto depois que a sentença foi traduzida, como leciona Vilém Flusser: "A tradução não se dá assim, porque não existe método de verificação do sentido de uma sentença, (a não ser depois de traduzida a sentença, conforme sugerirá a argumentação seguinte)" (1969, p. 17).

O Professor Ferraz Júnior complementa:

Não só a prática desmente a teoria realista, como ademais, ela funda-se num pressuposto indemonstrável: que as coisas têm uma estrutura própria, são como são, independentemente da língua; elas possuiriam uma unidade de significação intrínseca chamada *essência*, e a língua nada mais seria do que uma representação mais ou menos perfeita, dessa unidade. Assim, a possibilidade da tradução (e seu critério) repousaria numa característica do próprio objeto. O pressuposto metafísico não explicado é o de que (a) o mundo real é este conjunto de objetos enquanto coisas singulares, concretas e captáveis sensivelmente, e de que, (b) quando atribuímos palavras às coisas, aos objetos do mundo real, seguimos certas delimitações predeterminadas nos próprios objetos. O critério da boa tradução seria, nesses termos, a adequação da língua ao mundo real (2009, p. 25).

Não se pode, pois, demonstrar que as coisas possuam uma unidade de significação chamada *essência*, a língua seria apenas uma representação aproximada desta realidade. Como bem ressalta Flusser, as línguas naturais criam a ilusão de que a expressão mundo real designa algo, como se a realidade fosse um dado, ou uma não-sentença, ao qual devemos adequar nossos enunciados, ou sentenças (1969, p. 17). Repisamos, a realidade não possui uma estrutura própria independente da linguagem e exterior a esta. "A presença de outros que veem o que vemos e ouvem o que ouvimos garante-nos a realidade do mundo e de nós mesmos" (ARENDT, 1999, p. 60). Concluimos com Silva e Costa, que a realidade é uma língua e o mundo não é senão o que dele podemos dizer.

Ferraz Júnior traz um exemplo relatado por Flusser, para mostra a dificuldade trazida pelo arbítrio no processo de tradução e interpretação.

Há um povo primitivo em cuja língua a sentença "a mulher é uma batata" é possível e articula o mundo real. Tanto que os homens de suas tribos *vigiam*, à noite, suas batatas para que elas não venham a *prostituir-se* com os homens das aldeias vizinhas! É Claro que poderíamos dizer, preconceituosamente, que aquele povo primitivo estaria fabulando, não vendo as coisas como elas são. Trata-se, porém, de

um preconceito cultural que rejeitaríamos se um estrangeiro nos dissesse que o chamado "jeitinho" brasileiro não existe, pois tudo não passa de "suborno" (2009, p. 25-26).

A segunda resposta à questão apresentada, é desenvolvida outra teoria para a tradução. Nessa teoria, haveria entre a "res" e a palavra a introdução do pensamento. Qual seja, haveria uma intermediação do pensamento para alcançar-se o significado dado pela tradução. Tomemos a exposição de Flusser sobre o tema:

Algumas sentenças de algumas línguas têm sentido. O sentido tem a ver com o significado dos símbolos que ocorrem na sentença. Estes significados podem ser chamados "conceitos", e o sentido da sentença pode ser chamado "pensamento". A sentença é pois a articulação de um pensamento, que lhe é sentido. Uma sentença de uma outra língua, que articule o mesmo pensamento, é tradução de uma primeira sentença de uma primeira língua (1969, p. 17).

Com a proposta desta segunda teoria, para que se passe da sentença "this is a table" para "isto é uma mesa", seria preciso recorrer ao que pensa um inglês quando a pronuncia, identificar o mesmo pensamento em português e então realizar a tradução (FERRAZ JÚNIOR *in* HARET; CARNEIRO, 2009, p. 26, grifos do original). E acrescenta, "a prática do ato de traduzir procederá assim: palavra = pensamento = palavra. Entre a coisa e a palavra introduz-se um intermediário que garante o critério da boa tradução: o pensamento. Chamemos essa teoria de *idealista*" (Idem, *ibidem*).

Essa teoria deve ser igualmente refutada, basicamente por dois motivos. Primeiro por não corresponder à prática da tradução. Por assim dizer, o caminho desenvolvido não é: sentença da língua A = pensamento = sentença na língua B, mas sentença da língua A = sentença na língua B = pensamento (idem, *ibidem*).

O segundo motivo, é que a teoria idealista também se funda em um pressuposto indemonstrável: de que o pensamento é distinto da articulação linguística e que existe uma forma de acesso ao pensamento que não é linguística.

A teoria idealista, na verdade, pressupõe que as ideias sejam conteúdos da consciência e que as palavras representam ideias (por exemplo, Locke, 1952). Ora, as palavras, enquanto unidades em que se expressa a consciência, refletem certo *arbítrio* (na junção ou separação de ideias), que nada tem a ver com a realidade. Com isso, porém, as palavras acabam-se fundando num vazio, e o problema da tradução torna-se inexplicável: nenhuma palavra exatamente, como vai mostrar Diderot na "Carta sobre os surdo-mudos" (Idem, *ibidem*, p. 26-27).

Não existe um método de verificação de um pensamento inarticulado. A tradução é método de verificação do pensamento e não ao contrário. Com essas ponderações as duas teorias devem ser refutadas.

Com a constatação de que a tradução ocorre, apesar da insuficiência das teorias propostas, Flusser propõe o encaminhamento do seguinte modo. Uma língua é um sistema de símbolos (palavras) e relações conforme regras. É um conjunto formado por um repertório (os símbolos) e uma estrutura (as regras de relacionamento).

Ora, quando em duas línguas o repertório coincide, costumamos dizer que é possível uma tradução *fiel* - "this is a triangle", "isto é um triângulo". Quando é aproximadamente semelhante, dizemos que a tradução é *livre* - "eu sinto saudades de você", "I miss you". Para isso recorreremos aos dicionários. Mesmo assim há ostensivas dificuldades (Idem, *ibidem*, p. 27).

Dessa forma, busca-se a tradução tomando a comparação entre repertórios. E o repertório de um texto é formado por símbolos denotativos ou conotativos, ou ambos. E é a identificação de tais símbolos que propicia a tradução fiel ou livre. Conforme é salientada por Ferraz Júnior acima e apresenta o seguinte exemplo ilustrativo de Walter Benjamin.

A palavra alemã *Brot* e a francesa *pain* parecem entender o mesmo significado, embora, para um alemão, o vocábulo signifique algo ligeiramente diferente para o alemão e o francês. Em certos casos elas até se excluem. *Pumpernickel* é um pão preto, de gosto forte, quase azedo, cujo nome teria surgido de um comentário feito por soldados franceses que, ao pedirem *pain* a camponeses alemães, recebendo aquele pão preto, teriam dito, olhando para um cavalo chamado *Niquel*: *ça c'est pain pour Niquel*. A explicação anedótica é sugestiva. Daí a questão: como são elaborados os dicionários? (2009, p. 27, grifos no original).

O questionamento sobre a elaboração dos dicionários ganha relevância, na medida em que eles costumam mencionar os diversos usos possíveis dentro de uma língua conforme suas regras de uso. Assim é de significativa importância o recurso da comparação entre as estruturas.

Flusser afirma que "as línguas podem ser classificadas segundo o critério de semelhanças de estruturas. Este critério evidenciará semelhanças familiares mais próximas e mais remotas entre as línguas"(1969, p. 20).

O professor Ferraz Júnior diz que numa comparação da hermenêutica com a tradução é possível identificar-se regras básicas e secundárias da estrutura da língua. Básicas são aquelas sem as quais qualquer sentença numa língua carece de sentido, exemplificando a impossibilidade de uma sentença sem verbo (expresso ou subentendido), ou a construção sequencial "sujeito-predicado", em algumas línguas. Secundárias são as que, se violadas, não

chegam a produzir um sem-sentido, embora possam criar obscuridades, mal-entendidos, um exemplo é o uso de verbos específicos no predicado de certas sentenças¹⁰⁹ (2001, p. 269).

Na obra em homenagem a Flusser, Ferraz Júnior explicita:

Básicas são aquelas sem as quais qualquer sentença numa língua carece de sentido. Por exemplo, em português: "eu meu ontem" fere uma regra que impede a formulação de uma sentença sem verbo (expresso ou subentendido). Secundárias são as que, se violadas, não chegam a produzir um sem sentido, embora possam criar obscuridades, mal-entendidos. Por exemplo: "eleito o presidente e o vice-presidente, se sua posse não ocorrer em 10 dias, o cargo será declarado vago": o "pronome" possessivo, empregado de uma forma estilisticamente imprópria, cria uma perplexidade (basta a posse de um deles?), mas não um sem sentido (2009, p. 28).

Três hipóteses são possíveis: a) se as regras básicas de ambas as línguas coincidem, é possível traduzi-las uma para a outra; b) se a coincidência é apenas parcial, ocorre uma transferência que exige adaptação; c) se não coincidem, elas são incomunicáveis, é possível, porém, uma transferência indireta. Neste terceiro caso, porém, é possível uma transferência indireta. Recorre-se a uma terceira língua que possa funcionar como uma ponte entre outras. Seu requisito: ela conterà, entre suas regras secundárias, as regras básicas das outras. Exemplos: da hipótese "a", a tradução de um teorema geométrico num teorema algébrico; da "b", a transferência de um poema inglês para o português; da "c", transferência indireta de uma música (língua musical) para o português cotidiano, o que pode ocorrer por intermédio da linguagem do crítico de arte.

O problema da boa tradução ocorre nos casos "b" e "c". Em primeiro lugar, estamos afirmando que a prática da tradução exige a comparação das estruturas. Realizada esta, procede-se à adaptação ou à recriação do sentido por meio de uma língua intermediária. A ideia de transferência nos faz ver que a tradução se realiza por meio de uma terceira língua que toma as duas anteriores como se objeto. A relação metalíngua língua-objeto, porém, não é definitiva. Depende do ângulo. Por exemplo: Kelsen escreveu sobre a ciência do direito; porém, para explicá-lo constrói-se uma interpretação didática: esta funciona como terceira língua que permite ao aluno fazer a passagem do texto de Kelsen para a língua da ciência dogmática. Às vezes, porém, o aluno entende a explicação a partir da língua dogmática que ele já conhece; assim, para ele, a terceira língua não é a explicação didática, mas a língua da ciência dogmática; é dela que ele faz a passagem entre a explicação e o texto de Kelsen. Isso significa que a posição hierárquica da metalíngua e língua-objeto depende de um fator importante para o esclarecimento de como se funda a boa tradução. Qual é ele? (2001: 269).

A resposta estará diretamente ligada ao uso competente da língua, uma questão explicitamente pragmática. Trata-se, portanto, de uma questão de enfoque. Qual seja a boa

¹⁰⁹ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio S. **Interpretação Jurídica: Interpretação que comunica ou comunicação que se interpreta?** in HARET, Florence; CARNEIRO, Jerson (coord.). **Vilém Flusser e Juristas: Comemoração dos 25 anos do Grupo de Estudos de Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Noeses. 2009, p. 15-49; FLUSSER, Vilém. **Para uma teoria da tradução**. in Revista Brasileira de Filosofia, XIX (73), p. 16-22, 1969.

tradução encontra-se no enfoque do tradutor, ou mais precisamente, na aceitação do enfoque do tradutor.

Aceitar o enfoque do tradutor significa abrir-lhe um crédito de confiança. Ou seja, as *fronteiras*, de que falamos na articulação linguística e que nos permite distinguir entre rio, riacho, ribeirão etc., são preenchidas de modo diferente de língua para língua, conforme suas respectivas regras de uso. Contudo, a transferência de uma sentença na língua A para a língua B depende do enfoque do tradutor, para quem se abre um crédito de confiança. Que significa isso? (FERRAZ JÚNIOR in HARET; CARNEIRO, 2009, p. 29, grifo do autor).

Na dúvida sobre qual a melhor tradução uma determinada frase da língua A para a língua B, recorre-se a uma pessoa que conheça bem a língua para qual a frase será convertida. Trata-se de uma confiança na competência. E como ressalta o professor Ferraz Júnior, é "excessivamente voltado para a relação psicológica, não explica bem o que significa a confiança na competência e, pois, no enfoque do tradutor" (idem, *ibidem*). No entanto, o uso competente da língua é mais amplo e para esclarecê-la é conveniente à alusão proposta por Harbemas entre proposição e enunciado. A primeira é uma unidade linguística, constituída de expressões linguísticas. O segundo é uma proposição situada, uma unidade do discurso ou fala. Quem fala usa proposições. Essas proposições dependem, na situação, de fatores psíquicos, sociológicos, políticos etc. Todavia, numa comunidade linguística, existem condições, estruturas gerais de possíveis situações discursivas, que sempre aparecem toda vez que alguém fala. Essas estruturas gerais é que constituem a competência (Harbemas, 2003, p. 101 e segs.).

Quando falamos, enunciamos proposições. Quando enunciamos, nos comunicamos. A comunicação aparece, inicialmente, como uma organização horizontal das relações entre quem fala e quem ouve, entre emissor e receptor. Postamo-nos um perante o outro (cf. Pross, 1980). A horizontabilidade da comunicação faz com que os símbolos se conectem em relações sintagmáticas uns após os outros. O que se conecta (*in praesentia*) segue e antecede um outro. Simultaneamente, porém, a linearidade horizontal cede o espaço em *alto/baixo*, no que está em cima e no que está embaixo. A designação com símbolos significa que, ao comunicar-se, o homem sai de sua posição horizontal e verticaliza-se. *Ponto* torna-se *perpendicular*, refere-se a um *objeto*, algo que resiste e para o qual se aponta. A verticalidade permite-nos valorar os símbolos conforme sua posição hierárquica. Ao mesmo tempo, porém, confere aos espaços horizontais uma interioridade e uma exterioridade, conforme a *díade dentro/fora*. Por assim dizer, "o andar erecto, conquistado a partir da posição horizontal do recém-nascido por meio do movimento e atuação gradualmente coordenados, cria para o homem o horizonte" (Pross). A vivência da altura faz-nos perceber a interioridade e os limites (FERRAZ JÚNIOR in HARET; CARNEIRO, 2009, p. 29-30, grifos no original).

É possível acrescentar com Pross essa postura vertical diante um do outro para a realização da comunicação, o que podemos traduzir livremente da seguinte maneira:

A aquisição da posição vertical é uma das experiências primitivas com a qual se vinculam outras qualidades humanas: alto e baixo, horizonte e distância (dentro e fora), inclusive claro e escuro. A criança aprende estas distinções nos objetos. Elas se tornam um padrão de pensamento posterior e visão de mundo¹¹⁰ (1981, p. 36, tradução livre).

Pode-se afirmar, portanto, que "a organização simbólica da fala vê-se ordenada conforme o critério de antes/depois - *precedência* - alto/baixo - *hierarquia* - e de dentro/fora - *participação*" (Idem, ibidem, p. 30 e 2001, p. 271, grifo do autor). A fala como relação sintagmática valoriza o que está presente em detrimento do que está excluído.

Como relação associativa, porém, conecta, em simultaneidade, o presente e o ausente em relação hierárquica. Assim, o que está no alto e dentro é valorado positivamente. O que está embaixo e fora, o é negativamente. Ou seja, a orientação alto/baixo, em face da necessária horizontalidade da comunicação, fica convertida na categoria horizontal do dentro/fora que, na verdade, significa *dentro* por *alto* e *fora* por *baixo* (Idem, ibidem, grifo do autor).

Sobre este aspecto da relação sintagmática, é importante transcrever a afirmação de Pross, uma vez mais:

O mesmo se pode dizer da possibilidade de transferência das decisões no campo de jogo, por exemplo, no futebol, embora também no xadrez, no tênis, no hockey sobre gelo, etc., a consciência nacional, regional e local. O fato de que uma equipe de futebol possa converter-se no símbolo de uma nação apoia-se na decisão tomada no campo do jogo como decisão que transcende o próprio campo. O campo simboliza a presença da respectiva vila, cidade ou Estado e sua autoafirmação frente aos outros. Daí que em tais jogos, que em si constituem uma atividade inútil, se pode chegar a distúrbios apenas explicáveis, inesperáveis em seres racionais: o furor da cidade é levado para o campo de jogo. Na explicação pacífica e racional que normalmente dão os vencidos resume todavia esta função primária: o que importa não é vencer, senão estar presente. Esta garantia da presença é precisamente o motivo de todo o gasto e de sua função social (1981, p. 41; 1983, p. 43-44, tradução livre)

Para aclarar o aspecto da relação sintagmática, Ferraz Júnior apresenta uma análise na qual faz uma releitura da analogia do que ocorre num torneio mundial de futebol entre países. Apresenta o campo de jogo como o espaço horizontal da comunicação, onde todos ficam de frente aos outros. A horizontalidade, no entanto cede espaço para a relação alto/baixo, com a ocorrência da superioridade de uma das equipes, alto, e inferioridade da outra, baixo. Com a projeção, porém, da verticalidade sobre a horizontalidade, há uma conversão do alto/baixo no dentro/fora: o importante não é o ganhar, mas participar, estar

¹¹⁰ Der Gewinn der Vertikalen ist eine der menschlichen Urerfahrungen, mit der sich andere menschliche Eigenschaften verbinden: oben und unten, Horizont und Distanz, ja sogar hell und dunkel. Das Kleinkind lernt diese Unterscheidungen an Gegenständen. Sie geben dem nachfolgenden Denken und der Weltansicht überhaupt das Maß. (Cf. PROSS. 1983, p. 38 e segs.)

presente no evento. Desta forma, as equipes que participam do torneio (alto/baixo) são superiores às que ficaram fora do mesmo (dentro/fora)¹¹¹.

Mas é importante salientar, que a relação entre precedência, hierarquia e participação não é necessariamente congruente. O antes e o alto, o fora e o baixo nem sempre se conjugam. A comunicação é cortada, também, diagonalmente por uma terceira díade organizadora, que lhe confere a forma cheia, qual seja, claro/escuro. "A luz releva e esconde. O foco lançado dá o enfoque *relevante*: valor *relevância*" (FERRAZ JÚNIOR *in* HARET; CARNEIRO, 2009, p. 31). Fenômeno na atualidade, que põe em relevo pela comunicação de massa, a importância da tela de TV.

Aquilo sobre o que a câmara se projeta ganha *relevância* na tela. O que nela aparece é o que está *dentro* e torna-se *superior*. Daí a ansiedade que notamos nas pessoas quando percebem que estão sendo focalizadas pela Câmera e tudo fazem para aparecer (Idem, *ibidem*, grifo do autor).

Assim, as estruturas formais de antecedência, participação, hierarquização e relevância são responsáveis pela organização da fala e marcam a competência horizontal, vertical e diagonalmente. "Nessa ordem, o momento da relevância é fundamental, pois é responsável pela codificação dos valores (antecedência, hierarquia, participação) dos símbolos em conexão. O enfoque conforme o uso competente depende, afinal, da *relevância*" (Idem, *ibidem*). É na relevância que se localiza o elemento ideológico da comunicação, "desde que a ideologia seja entendida como uma valoração dos valores", mas essa valoração deverá ser última e universalizante, de modo a não admitir outra. É certo, no entanto, que não há um sistema ideológico comum de valores para o mundo, nem tão pouco um enfoque universal ou um acordo sobre a tradução dos símbolos. Uma nova pergunta surge: como se forma a estrutura do uso competente que goza de confiança?

Para buscar-se uma resposta a tal questionamento, é necessário uma passagem sobre a análise do poder de violência simbólica, na relação interpretativa das normas jurídicas.

¹¹¹ Pross faz afirmação semelhante utilizando-se, no entanto, do chamado campo de Batalha, na exemplo da segunda guerra mundial, afirma ele: "Buscar a decisão no campo de batalha, que até a II guerra Mundial tinha sido um espaço separado, só era possível graças à possibilidade de transferência da relação de forças ali empreendidas aos outros espaços das populações envolvidas. Como regra geral, esta possibilidade de transferência tampouco se consegue com que os sujeitos do partido vitorioso ocupem fisicamente os espaços dos vencidos, razão pela qual esta decisão se transferiu simbolicamente mediante convênios, cerimônias, atos de submissão e coisas semelhantes" (1981, p. 41; 1983, p. 43, tradução livre).

9.3 O PODER DE VIOLÊNCIA SIMBÓLICA.

Na República de Platão, encontramos a passagem sobre o argumento de força nas expressões atribuídas a Trasímaco, que classifica de tolice a discussão sobre a justiça, vez que na visão deste a única norma do justo é o que é proveitoso para o mais forte.

Que tolice ambos estiveram conversando, Sócrates? Por que agem os dois como idiotas fazendo concessões mútuas? Se realmente quereis saber o que é a justiça, não vos limitai a apresentar questões e em seguida contestar respostas meramente para satisfazer vosso gosto pela competição ou vossa vaidade. Sabes muito bem que é mais fácil fazer perguntas do que respondê-las. Dá uma resposta tua e nos diz o que é o justo. E não venhas me dizer que é o certo, o benéfico, o útil, o lucrativo ou vantajoso, mas diz-me clara e exatamente o que entendes [por justo], pois não aceitarei tais tolices de tua parte (336, b, c, d. Platão. 2006, p. 55).

E afirma de modo explícito, "pois bem, então ouve: digo que *o justo nada mais é senão a vantagem do mais forte*. E agora, por que não me louvas? ou tudo fará menos isto? (338, c. idem, 58, grifo do autor)

A intervenção se dá em discussão travada entre Sócrates e Polemarco sobre a essência da justiça. Sócrates rebate com facilidade a argumentação de Trasímaco, argumentando que quem manda pode equivocar-se na determinação de seu próprio proveito e que, o proveito do mais forte não é um critério para estabelecer a norma do justo. Redarguindo, Trasímaco admite que a imposição do que manda não esgota por si os vínculos existentes entre a autoridade e súditos. Como observa Santos, "o que governa, enquanto governa, é infalível, e enquanto infalível, prescreve o que é melhor para eles, e a ele tem que se submeter o súdito. Para trasímaco a obediência é o resultado, não da força física, mas da habilidade e sabedoria do que manda" (1985, p. 100).

A menção a tal passagem da República tem por finalidade situar que a força não é, necessariamente, acompanhada do aspecto físico que pode ser atribuída à expressão, mas também da habilidade ou particular sabedoria em determinados temas, em especial ao que é pertinente ao presente trabalho sobre um dos aspectos do Direito.

Já deixamos consignado, que partimos da adoção da retórica para desenvolver e captar os aspectos mais importantes da ciência jurídica, em contraposição ao seu aspecto positivo exclusivamente. Este tem sido o de maior predominância desde o século passado, com a aceitação plena das ideias professada por Kelsen, em especial na América Latina, onde, podemos dizer encontra grande predileção até hoje no estudo dos temas jurídicos.

Apontamos, também, o desenvolvimento de pontos de vistas que abandonam a exclusividade kelseniana a partir dos meados do século passado, com destaque para a doutrina desenvolvida por Chaïm Perelman e Theodor Viehweg, conforme é possível ler nos capítulos III e IV do presente trabalho.

É de todo pertinente a citação da Professora Maria Celeste dos Santos, quando traz o problema do homem primitivo e sua subjetividade, afirma:

Imaginemos um homem primitivo que não se ponha o problema da própria subjetividade: no momento em que se volta para o mundo para aí individualizar forças mágicas a dominar e a dirigir com o fim de controlar o ambiente, deverá *interpretar signos*. *Magia de imitação*: repete-se o movimento do animal ou fixa-se sua imagem na parede da gruta para controlar, através do signo do animal trespassado pela lança, o animal real que se deverá matar. *Magia de contacto*: toma-se um objeto pertencente à entidade a dominar (o colar do inimigo, o pêlo do animal) e opera-se sobre ele, porque através deste objeto substitutivo, entregue por qualquer modo à entidade convencionada, dominar-se-á o possuidor do objeto. Em ambos os casos trabalha-se sobre signos que estão por outra coisa: a *imagem* é metáfora, imitação da coisa, o objeto pertence a outro, é a metonímia dele, a *parte pelo todo*, a *causa pelo efeito*, o *continente pelo conteúdo*. Controlam-se as coisas através dos seus signos, ou outras coisas consideradas como signos, ou outras coisas consideradas como signos delas. Finalmente, e é pela sofística grega que se descobre o *poder mágico* persuasivo da palavra, capaz de forjar uma *epodé*, um doce engano. A sofística descobre a *pragmática* e teoriza-a; *como arquitetar signos segundo as regras de uma ciência, a retórica, para a se levar os outros a fazer o que quero?* Logo, saber os *limites* dentro dos quais a linguagem *fala por nosso intermédio* (ou seja, não falamos a linguagem, e sim, somos falados *pela* linguagem) significa não nos iludirmos com as falsas efusões das palavras pura que comunica por força própria e persuade por magia. Significa podermos reconhecer, com realismo e cautela, os casos em que verdadeiramente a mensagem nos dá “algo” que ainda não era convenção; que poderá tornar-se sociedade, mas ainda não estava previsto pela sociedade (1985, p. 139-140, grifos do autor).

Essa possibilidade de interpretação dos sistemas de ações como sistemas de signos faz-se necessário a inserção de cada um deles na práxis da comunicação, ou como nos explica a professora Maria Celeste dos Santos:

Faz-se algo *na* linguagem, deve-se fazer algo *com a* linguagem. *Texto* é algo que é feito com a linguagem, portanto a partir *da* linguagem, algo porém que, ao mesmo tempo, a transforma, acresce, aperfeiçoa, interrompe ou reduz.

De um modo geral, todo texto se forma como uma série linear de signos. Todo texto se manifesta na realização (material) como na percepção (fenomenal) como um produto unidimensional (Ibidem, p. 140-141).

A persuasão pode ser vista como um fator de poder (SANTOS. 1985, p. 101) e, embora, muitas vezes atribuída ao campo da política, vemos de modo claro a sua presença marcante no campo do Direito. A questão é saber se podemos conciliar a violência com um dos aspectos primordial da filosofia do direito: a justiça. Sem homiziar-nos da questão, que terá tratamento mais abaixo, retomamos a discussão sobre a interpretação e a possível conciliação dos diversos sentidos do texto normativo.

9.4 VIOLÊNCIA SIMBÓLICA.

A expressão violência simbólica, ao que tudo indica, foi cunhada pelos sociólogos Pierre Bourdieu e Jean-claude Passeron, em 1970, em estudo sobre a temática da educação, passagem que reproduzimos abaixo:

Todo poder de violência simbólica, isto é, todo poder que chega a impor significações e a impô-las como legítimas, dissimulando as relações de força que estão na base de sua força, acrescenta sua própria força, isto é, propriamente simbólica, a essas relações de força (2010, p. 25).

Observe-se que os autores utilizam a expressão "violência simbólica" no sentido de que é a capacidade de impor símbolos que recebem a aceitação por parte dos destinatários, identificando o significado determinado. Cria uma legitimidade para os símbolos fazendo com estes sejam reproduzidos e tidos por dotados de significação.

E continua Bourdieu, para deixar claro a relação entre comunicação e poder:

Contra todas as formas do erro "interaccionista" o qual consiste em reduzir as relações de força a relações de comunicação, não basta notar que as relações de comunicação são, de modo inseparável, sempre, relações de poder que dependem, na forma e no conteúdo, do poder material ou simbólico acumulado pelos agentes (ou pelas instituições) envolvidas nessas relações e que, como o dom ou o *potlacth*, podem permitir acumular poder simbólico. É enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os "sistemas simbólicos" cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre a outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim, segundo a expressão de Weber, para a "domesticação dos dominados" (2003, p. 11).

Citando Ferraz Júnior, Santos reproduz a análise de um texto infantil, retirado de aulas gravadas do eminente Professor de Filosofia do Direito:

Alice no País das Maravilhas, em que ela discutindo com a rainha de Copas: a rainha insiste a propósito de uma palavra qualquer, um objeto simples: "cadeira", "mesa" - "Este objeto é uma cadeira", diz a Rainha. - "Não, é uma mesa", retruca. Ela insiste: "é uma cadeira". - "Não, é uma mesa", afirma Alice. Daí diz Alice para a rainha: "mas isto aqui é uma mesa e todo mundo sabe que é uma mesa". Ao que a rainha responde: "pois eu chamo de cadeira e isto é uma cadeira". Alice retruca: - "Você não pode fazer isso com as palavras, cadeira é uma coisa e isto aqui é uma mesa". E ela diz - "Aqui as palavras significam aquilo que eu quero, isto é uma cadeira e acabou. Cortem-lhe a cabeça! (...)" (1985, p. 151, grifo do autor).

A uniformização do sentido tem a ver com um fator normativo de poder, o poder de violência simbólica. E esta é o poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força.

Não se trata de modo algum de coação¹¹², pois o emissor não coage¹¹³, no sentido de substituir ao outro, quem age é o receptor. Poder aqui é visto como controle.

Para que haja controle é preciso que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração (FERRAZ JÚNIOR *in* HARET; CARNEIRO, 2009, p. 32).

A professora Maria Celeste dos Santos, reproduzindo aula gravada de Ferraz Júnior, na qual é utilizada comparação entre dois lutadores, exemplifica:

O ato de *força* é importante para o poder, todavia, no momento em que um lutador subjuga o outro, que coloca o outro no chão, agarrando-o, ele chega ao *limite* máximo do poder. O outro só fará aquilo que ele quiser, está totalmente preso. Mas, nesse momento o poder que o lutador tem sobre o outro chegou ao grau zero. Ele só vai ter novamente poder na medida em que puder soltar o outro e este não voltar a lhe bater de novo. Isto é, o outro começa a agir por vontade própria de conformidade com a seletividade dele. É mister haver essa distância (1985, p. 153).

¹¹² : Cf. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1955, p. 249 e segs., V. I, T. 2º, apenas para deixar claro, tomemos o conceito básico de coação no direito penal: "Entende-se por coação o emprego de violência física (*vis atrox*, *vis absoluta*, *vis corpori illata*) ou moral (*vis compulsiva*, *vis conditionalis*, *vis animo illata*) para constranger alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Diz-se *irresistível* quando não pode ser vencida pelo coagido, suprimindo-lhe a possibilidade física ou a liberdade de agir contra vontade do coator. Entende Soler que somente o constrangimento moral deve ser chamado "coação", não compreendendo esta a violência física: "Há que distinguir, firmemente, a *coação* (*vis compulsiva*) da *violência física* (*vis absoluta*), pois, neste último caso, supõe-se que o violentado atua exclusivamente como corpo, como objeto passivo ou como instrumento, por meio do qual um terceiro executa o crime". O autor procura repelir esta abordagem com a adoção do sentido léxico de coagir (p. 251).

¹¹³ Cf. FARIAS, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica: O direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1988, p. 126 e seguintes. É importante, no entanto, para delimitar entre coação física e violência simbólica, afastando-se da conceituação de direito penal que também divide a coação entre física e moral. Afirma Farias: Toda sanção, é evidente, sempre encerra um grau de coercibilidade. No caso das sanções penais, a coerção, quando aplicada, se dá de maneira explícita: as punições traduzem pela repressão e pela exclusão dos atores disfuncionais. No caso das sanções premiais, ela se dá de modo difuso: as condições de eficácia das medidas de estímulo e desencorajamento são - entre outras - a massificação e a alienação de seus destinatários, uma vez que estes se tornam incapazes de perceber a inexistência real de uma livre opção por trás das recompensas. As sanções premiais configuram assim um processo de "confraternização", por meio do qual pessoas socialmente distantes desenvolvem mútuo apoio e reações contrárias, em oposição a um sistema político que os forçou a uma igualdade jurídica meramente formal. Eis por que a coerção pode ser física ou simbólica. Ela é física quando emanada de um poder hierarquicamente organizado e localizado nas instituições formais do Estado. E é simbólica quando inerente às interações sociais presentes na Família, na fábrica, no escritório, na escola, na igreja, no clube etc. (p. 126-127). É óbvio tratar-se de uma opção de abordagem para alcançar a finalidade que é proposta pelo autor, não devendo ignorar-se a conceituação e distinção tradicional da dogmática penal, conforme apresentado na nota anterior.: Cf. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1955, p. 249 e segs., V. I, T. 2º.

É perfeitamente possível concluir-se, que ter poder na relação comunicativa não significa de modo algum subjugar o outro. Ao destinatário é assegurada diversas alternativas e possibilidades de ação, mas elas são neutralizadas a tal ponto, que somente aparece uma, mas as outras não desaparecem. Há uma verdadeira seletividade para a escolha do outro. Esta é uma relação de poder.

Aqui, reinserindo a discussão da melhor tradução, busca-se compreender como se formam as estruturas do uso competente, que privilegia um enfoque: o arbitrário socialmente prevalecente. "A procura do sentido correto que leva à tradução fiel, quer por transferência direta, quer por indireta, pressupõe uma variedade e diversidade que têm de ser controladas" (Idem, ibidem). Note-se, como destaca o professor Ferraz Júnior, que tal possibilidade repousa no próprio contínuo da comunicação. A passagem do tempo traz como consequência a alteração dos sentidos. O que significa hoje, deixa de significar amanhã¹¹⁴. O tempo particulariza e diversifica o sentido, mas é preciso generalizá-lo ou uniformizá-lo, a questão que se apresenta é como fazê-lo? E a resposta a ser dada é: "Se a comunicação flui do emissor para o receptor, ambos temporalmente localizados, é preciso *neutralizar o tempo*. A emissão da fala obedece a uma sequência: primeira uma palavra, depois a outra: é o tempo diacrônico" (Idem, ibidem).

Isso se obtém pela criação de hierarquias, sistemas hierárquicos que disciplinam a combinatória dos símbolos conforme gêneros e espécies de compatibilidade e incompatibilidade, ou seja, conforme uma sintaxe.

É possível localizar na sintaxe gramatical as regras para disciplinar o tempo, da mesma forma como impede a combinação de um substantivo com um advérbio. E o modo para buscar tal finalidade encontra-se na criação de uma ordem combinatória sintagmática dos símbolos (antecedente/consequente). E a diacronia permite que não se elimine, mas neutralize os comunicadores. Nada impede que o consequente se torne antecedente e vice versa. Exige, também, uma sintaxe verticalizada. Tomemos mais uma vez o ensinamento literal de Ferraz Júnior:

A sintaxe gramatical (sujeito/objeto/complemento) - que impede, por exemplo, de combinar um substantivo com advérbio: "a casa é confortavelmente" - disciplina o tempo: ontem, eu era, mas não: amanhã eu fui. Isso se obtém pela criação de uma

¹¹⁴ Um exemplo de alteração de significado propiciado pela passagem do tempo é o decidido no HC 82.959-7, Rel. Ministro Marco Aurélio, Julgado em 23 fev. 2006, publicado em 1 set 2006, DJ p. 18, no qual o Supremo Tribunal Federal mudou posicionamento que mantinha por mais de quinze anos a respeito da possibilidade de progressão de regime durante o cumprimento da pena pela prática de crimes tido por e equiparado a hediondos.

ordem combinatória sintagmática dos símbolos (antecedente/consequente). Mas a disciplina da diacronia não elimina os comunicadores, apenas os neutraliza. Nada impede que, no tempo, o consequente se torne antecedente e vice versa e a palavra do revolucionário se torne conservadora e o inovador, um reacionário. A generalização de sentido exige outro artifício para fazê-la conforme gêneros e espécies de compatibilidade e incompatibilidade, ou seja, conforme uma sintaxe verticalizada: a hierarquia. Passa a obedecer a uma ordem de supremacia: não há sentença sem verbo, o que tem a ver com díade alto/baixo (2009, p. 33).

Acrescente-se a essa neutralização dos comunicadores no tempo em que falam e, como visto, decorre da estrutura sintagmática da língua, é ainda acrescida da ordem inferioridade/superioridade. Desta forma, o sentido correto não está localizada em quem usa os símbolos no tempo diacrônico como na díade antes/depois. Afasta-se a ordem diacrônica do diálogo: quem fala primeiro, quem falou depois, qual fala vem antes e qual segue a fala não tem relevância, mas sim qual das falas é a mais importante.

O enfoque conforme às regras hierárquicas (díade alto baixo) confere a "qualquer" comunicador um sentido generalizado da fala, em que antecedentes e consequentes ganham ordem de importância: "um advérbio não modifica um substantivo" nem uma sentença faz sentido "se não contiver um verbo, ainda que subentendido", não importa quem fale, quem ouça, em algum tempo ou lugar, numa sequência ou em outra (Idem, ibidem).

Identifica-se uma relação de poder, poder-autoridade, que é poder de violência simbólica capaz de generalizar os sentidos, "não obstante a diacronia disciplinada do antes e do depois: seja qual for o símbolo que preceda ou deva preceder outro, um está acima do outro" - numa relação claramente de "língua e metalíngua" (Idem, ibidem).

Esta generalização de sentido não é resolvida apenas com a neutralização do tempo. É necessário enfrentar a diversidade da sincronia.

É importante transcrever as afirmações do Professor Ferraz Júnior, na qual analisa como surge a variedade e a diversidade dos sentidos, tendo em vista a multiplicidade de pontos de vista, no qual se reconhece que existindo várias opiniões, poderá ocorrer (para não dizer ocorrerá) vários sentidos. Tomemos suas palavras:

A variedade e diversidade dos sentidos decorrem também da *multiplicidade* de pontos de vista dos atores sociais: várias opiniões, vários sentidos. É, pois, preciso produzir consenso. Aqui aparece a díade dentro/fora e o valor *participação*. Não se diz, por exemplo, o leite é verde, mas sim, o leite é branco. Nem a díade antes/depois nem a díade alto/baixo dão conta dessa generalização. Aqui entra a díade dentro/fora. As ordens sintáticas: o leite é branco ou branco é o leite (antes/depois), leite é substantivo, branco é adjetivo (o substantivo é *jectum*, o adjetivo *adjectum*: alto/baixo), não explicam a exclusão: não se diz o leite é verde. Nesse sintagma, branco está dentro, verde está fora. A organização dos símbolos apoia-se, nesse caso, num processo de neutralização dos outros agentes, os terceiros, agentes sociais que são, assim, uniformizados e, como tais, tomados como ponto de referência. A uniformização de sentidos pela neutralização das opiniões dos outros é

obtida por regras pragmáticas de controle social e isso requer, de novo uma forma de poder de violência simbólica: o *poder-liderança*. Liderança quer dizer uma forma bem-sucedida de *supor* consenso: para qualquer símbolo, *quem quer que conheça a índole da língua*, sabe que na comunidade linguística portuguesa o certo é: o leite é branco; não dizemos: o leite é verde. Mediante consenso (liderança: exigência de falar coisa com coisa sob pena de marginalização - ignorância, loucura etc.) os símbolos participam ou não participam uns dos outros: uns estão dentro, outros estão fora - interioridade/exterioridade. A força da organização simbólica dentro/fora está presente tanto quando se diz de alguém, depreciativamente: ele está *por fora*, ou quando se diz: o leite é verde não faz sentido (Idem, ibidem, grifo do autor).

O mesmo professor chama a atenção para o fato de que não se pode explicar dessa mesma forma a "fala da loucura ou da arte ou dos sentidos transpostos metaforicamente": para este último o leite é verde quando está estragado; é verde em uma estória infantil; é verde também, na fala de um esquizofrênico.

A variedade e diversidade de sentido não são somente do ponto de vista dos atores sociais, mas também dos símbolos em termos de vagueza e ambiguidade. Aqui da mesma forma é necessário neutralizar o símbolo conferindo denotação e conotação razoavelmente precisas a seus conteúdos.

A uniformização/generalização de sentido, nesse caso, requer também uma forma de poder de violência simbólica (ver, por exemplo, a força do "argumento de autoridade"). Não obstante a vagueza e ambiguidade, toma-se por certo que tal palavra deve significar rigorosamente ou mais adequadamente tal coisa, pois assim o atestam *os melhores* dicionários da língua...Ou"...amor, um mal que mata e não se vê, que dias há que n'alma me tem posto um não sei quê, que nasce não sei onde e dói não sei porque" como disse Camões de modo sublime...Ou é um louco, mas diz coisas *geniais*... Ou: *fui roubado*, mas, para um jurista, na verdade houve *furto* que é o termo técnico apropriado...(Idem, ibidem, p. 35, grifo do autor).

Nesse ponto está a binariedade, ou a díade claro/escuro e o valor relevância. Os símbolos na fala se iluminam e se obscurecem. "A luz revela e esconde. O amor é um *mal*? Não é uma reação química. É uma reação química? Não, é 'um não sei quê, que nasce não sei onde e dói não sei porque' (Camões)" (Idem, ibidem).

Sustentou-se aqui, que a prática da tradução passa pela comparação das estruturas e diante disto procede-se à adaptação ou recriação do sentido. A boa tradução está no enfoque do tradutor a quem se abre um crédito de confiança, tendo em conta sua competência, incluindo aí também a reputação, autoridade e liderança. A competência do tradutor tem seu princípio nas estruturas gerais da comunicação, sustentando-se que os símbolos se organizam em termos de sequência (antes/depois), hierarquia (alto/baixo), participação (dentro/fora), relevância (claro/escuro).

O Professor Ferraz Júnior destaca o fato de o que chamamos de "uso competente, base da *confiança no tradutor*, depende de uma relação de poder; o poder de violência simbólica que, numa comunidade linguística, se manifesta como autoridade, liderança e reputação" (Idem, ibidem, p. 36). É aí que se encontra a formação do uso competente como um arbitrário social.

O que se questiona é, com base na teoria esboçada do enfoque do tradutor, como se dará a fundamentação teórica da hermenêutica jurídica, e mais como se fundamenta na opção pragmática da interpretação jurídica?

Essa questão dirigirá o desenvolvimento do trabalho daqui por diante.

9.5 LÍNGUA HERMENÊUTICA E LEGISLADOR RACIONAL.

Ferraz Júnior procura explicar a relação entre uma língua hermenêutica como uma espécie de língua ponte entre a língua normativa e a língua realidade, inicialmente com um exemplo o qual reproduzimos. Toma o art. 62 da Constituição Federal de 1988 para analisar a realidade disposta na norma, lembrando que a realidade nada mais é do que um sistema articulado de símbolos num contexto existencial. Acrescenta que essa realidade-língua (LR), para o jurista, aparece como que de fato acontece: é fato que ocorreu urgência, é fato que foi expedida uma medida provisória pelo Presidente da República.

É necessário reconstruir o caminho percorrido pelo Professor Ferraz Júnior. E para esta finalidade, usaremos o exemplo por ele apresentado, passando ao inteiro teor do artigo 62 da Constituição Federal:

Art. 62 Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

As circunstâncias que o poder de expedir as medidas provisórias, condicionando-se a duas condições de fato, o caso de relevância e a urgência. A relevância está diretamente relacionada a um juízo de valor. Já a urgência está ligada ao juízo de realidade.

Retomemos a pergunta proposta pelo Professor Ferraz Júnior, o que significa fato?

É preciso distinguir entre fato e evento. A travessia do Rubicão por César é um evento. Todavia, “César atravessou o Rubicão” é um fato. Quando, pois, dizemos que “é um fato que César atravessou o Rubicão”, conferimos realidade ao evento. “Fato” não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade. A possibilidade de usar o elemento “é fato que” depende, porém, de regras estruturais (2001, p. 274).

Quando pode ser usado? Sempre que a asserção for verdadeira. E quando é verdadeira? Sempre que, num universo linguístico, o uso competente o permitir, isto é, sempre que qualquer um que conheça a língua, com os mesmos instrumentos, seja levado a usar a língua de determinado modo. A realidade, portanto – “é fato que o Sr. J. bate em sua mulher” -, é função da verdade, isto é, do uso competente da língua.

Quando interpretamos, analogamente ao que sucede na tradução, realizamos a transposição, a passagem de uma língua, a das prescrições normativas (LN), para outra língua, a da realidade (LR). Note que estamos falando da interpretação de normas e não da verificação de fatos.

Estamos diante de duas línguas cujas regras básicas são distintas. A estrutura da língua normativa (LN) é dominada pelo conectivo dever-ser (é proibido, é obrigatório, é permitido etc). A estrutura da língua-realidade (LR) é dominada pelo conectivo ser (é fato que, é provável que, é possível que). A passagem, isto é, a interpretação, exige pois uma espécie de transferência indireta, que ocorre graças a uma terceira língua – a língua técnica da hermenêutica dogmática (LH) – que, por pressuposto, tem, em sua estrutura, suas próprias regras básicas e, como regras secundárias, as regras básicas (dever-ser e ser), das outras duas (LN e LR). Qual porém, a regra básica da língua hermenêutica (LH) e como ela se constitui? (FERRAZ JÚNIOR in HARET; CARNEIRO, 2009, p. 38).

Kelsen oferece uma pista sobre como responder à questão proposta. Ao distinguir norma jurídica e proposição jurídica, afirma:

Na medida em que a ciência jurídica apenas apreende a conduta humana enquanto esta constitui conteúdo de normas jurídicas, isto é, enquanto é determinada por normas jurídicas, representa uma interpretação normativa destes fatos de conduta. Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que não de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados. As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. Em todo o caso, não são - como, por vezes, identificando Direito com ciência jurídica, se afirma - instruções

(ensinamentos). O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência - não “ensina” nada (1991, p. 78-79).

E procura demonstrar sua afirmação com a seguinte análise:

A norma segundo a qual o furto deve ser punido é frequentemente formulada pelo legislador na seguinte proposição: o furto é punido com pena de prisão; a norma que confere ao chefe de Estado competência para concluir tratados, assume a forma: o chefe de Estado conclui tratados internacionais. Do que se trata, porém, não é da forma verbal, mas do sentido do ato produtor de Direito, do ato que põe a norma. E o sentido deste ato é diferente do sentido da proposição jurídica que descreve o Direito. Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica. A ciência jurídica tem por missão conhecer - de fora, por assim dizer - o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm - como autoridade jurídica - antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica. É certo que também os órgãos aplicadores do Direito têm de conhecer - de dentro, por assim dizer - primeiramente o Direito a aplicar. O legislador, que, na sua atividade própria, aplica a Constituição, deve conhecê-la; e igualmente o juiz, que aplica as leis, deve conhecê-las. O conhecimento, porém, não é o essencial: é apenas o estágio preparatório da sua função que, como adiante melhor se mostrará, é simultaneamente - não só no caso do legislador como também no do juiz - produção jurídica: o estabelecimento de uma norma jurídica geral - por parte do legislador - ou a fixação de uma norma jurídica individual - por parte do juiz (Ibidem, p. 79-80).

Não esclarece, porém, se o conectivo *deve-ser* "cuja carga prescritiva é transparente e, apesar disso, não se confunde com o *ser* descritivo". Não se trata, portanto, nem de língua normativa (LN), nem de língua realidade (LR).

Para entender a peculiaridade da língua hermenêutica é necessária a referência a um pressuposto da hermenêutica: o legislador racional. Trata-se de construção dogmática que não se confunde com o legislador normativo (o ato juridicamente competente, conforme o ordenamento) nem com o legislador real (a vontade que de fato positiva normas). É uma figura intermediária, que funciona como um terceiro metalinguístico, em face da língua normativa e da língua realidade. A ele a hermenêutica reporta-se, quando fala que o “legislador pretende que”, a intenção do legislador é que ou mesmo a “mens legis” nos diz que:

A figura do legislador racional esclarece o dever-ser descritivo de Kelsen como um dever-ser ideal, que não assume nem uma competência jurídica nem se confunde com a vontade real. Como regra básica da estrutura da língua hermenêutica (LH), o dever-ser ideal permite entender-se a construção linguística da dogmática interpretativa, por meio da qual se faz a passagem da norma – LN – para a realidade – LR. É a essa terceira língua que se atribui o enfoque privilegiado (competente) que confere sentido à norma, em face da realidade. Por meio da língua hermenêutica reconstrói-se o discurso do ordenamento, como se o intérprete “fizesse de conta que” suas normas constituam um todo harmônico, capaz, então, de ter um sentido na realidade (2001, p. 277).

É necessário entender a utilização do recurso do legislador racional, conforme veremos adiante. Antes, porém, é importante proceder à abordagem sobre a interpretação e paráfrase.

9.6 INTERPRETAÇÃO E PARÁFRASE.

Para a utilização da língua hermenêutica há que se pressupor um uso competente, conforme foi visto até aqui. Neste pressuposto é que repousa a ideia de interpretação correta (verdadeira). Ponto primordial a ser desenvolvido é como no contexto da língua hermenêutica produzem-se interpretações que serão aceitas e outras serão completamente rechaçadas?

O exemplo proposto pelo professor Ferraz Júnior em relação à análise do homicídio por motivo fútil¹¹⁵ é bastante ilustrativo para a discussão que aqui se estabelece. A divergência e a possibilidade de enquadrar a briga por tóxicos e a ausência de motivos na lei depende da reconstrução da expressão “motivo fútil” conforme o dever-ser do legislador racional.

A relação sintagmática “motivo fútil” sofre uma carga valorativa. Surgem, assim, relações associativas que permitirão aos intérpretes conectar a falta de motivo com a torpeza do ato e assim inverter a ordem linear sintagmática: em vez de motivo fútil, futilidade imotivada. O intérprete vai dizer que essa inversão não precisa tornar-se expressa, corresponde à vontade do legislador. E vai fazer a demonstração com uso competente da língua (2001, p278).

Fazer esta demonstração tem o significado de pôr em ação o uso competente da língua hermenêutica. O dever-ser ideal se apresentará como sistemático, teleológico e sociologicamente efetivo.

Devemos tomar em conta que para a dogmática as normas jurídicas são vigentes dentro do sistema que integram, são eficazes, no sentido de produzirem efeitos na realidade social, e, ainda, possuem imperatividade, vez que possuem força que são exercidas com uma função e um objetivo.

A vigência apresenta uma díade de estrutura hierárquica alto/baixo e uma relação de poder-autoridade. A efetividade apresenta uma estrutura de participação dentro/fora e a

¹¹⁵ Poderíamos utilizar outros tantos exemplos semelhantes ao apresentado, mas preferimos, neste momento, manter a integralidade do pensamento desenvolvido pelo professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, para os fins do trabalho.

relação de poder-liderança. E, por fim, a imperatividade, se estrutura na díade relevância dentro/fora e relação de poder-reputação.

A hermenêutica, assim, para configurar nela o ato interpretativo, guia-se pelos critérios de *correção hierárquica, participação consensual e relevância funcional*. É preciso mostrar que a expressão *motivo fútil*, no sistema do ordenamento, tem respaldo em outras normas e compõe com elas um sistema coerente. Que ela atua na realidade conforme um consenso óbvio. E que serve às finalidades da justiça. Isso requer técnicas apropriadas, e temos aí os chamados métodos hermenêuticos em suas variadas denominações: lógico-sistemático, histórico, sociológico, teleológico, axiológico-evolutivo etc., nos quais estão presentes, mais ou menos acentuadas, as diferentes formas de poder de violência simbólica (FERRAZ JÚNIOR in HARET; CARNEIRO, 2009, p. 40, grifo do autor).

Ao se utilizar de seus métodos, a hermenêutica identifica o sentido da norma, dizendo como ela deve-ser (dever-ser ideal). Ao fazê-lo, porém, não cria um sinônimo, para o símbolo normativo, mas realiza uma paráfrase, isto é, uma reformulação de um texto cujo resultado é um substituto mais persuasivo, pois exarado em termos mais convincentes. Assim, a paráfrase interpretativa não elimina o texto, pondo outro em seu lugar, mas o mantém de uma forma mais conveniente, reforça-o, dando-lhe por base de referência o dever-ser ideal do legislador racional, para um efetivo controle da conotação e da denotação. Ou seja, ao interpretar, a hermenêutica produz um acréscimo à função motivadora da língua normativa e realiza um ato de violência simbólica (2001, p. 278).

Com o chamado método lógico-sistemático neutralizam-se os comunicadores e confere-se à norma o caráter de um "imperativo despsicologizado", que tem um sentido universal independentemente do tempo e que, assim, pode ser individualizado para o caso concreto. Com o método histórico-sociológico neutraliza-se a divergência de opinião e supõe-se consenso, permitindo-se que a norma tenha um sentido geral que pode ser especificado. Com o método teleológico e axiológico, neutraliza-se a *facti species*, que adquire um sentido abstrato que pode ser concretizado (FERRAZ JÚNIOR in HARET; CARNEIRO, 2009, p. 41)

A vontade do legislador exige que as dimensões da autoridade, liderança e reputação sejam congruentes, para a aplicação da regra dogmática que exige que se aplique todos os métodos ao interpretar-se.

A interpretação não é verdadeira nem por fidelidade ao pensamento do legislador nem por fidelidade aos fatores objetivos da realidade, mas à medida que serve congruentemente a uma relação de poder de violência simbólica. É um discurso de poder ou de para-poder.

Não obstante, o que explicaria as divergências hermenêuticas?

9.7 INTERPRETAÇÃO VERDADEIRA E INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE: CÓDIGOS FORTES E CÓDIGOS FRACOS.

Em uma primeira abordagem, podemos identificar as normas jurídicas como mensagens prescritivas que têm por finalidade disciplinar os conflitos. Tais normas são produzidas na relação de poder e constituem-se como códigos, fracos ou fortes.

Em uma relação de poder há três elementos: 1) o agente de dominação, 2) o paciente e 3) as organizações estatuídas. Quando um agente emite uma norma, esta pode ser captada pelo paciente de diversos modos. A relação não é, pois, direta, mas mediada pelas organizações estatuídas que constituem um código explícito. Nesse passo, é importante debruçarmos sobre o que Epstein (1993) denomina de "códigos fortes" (claros, precisos, denotativos) e "códigos fracos" (obscuros, imprecisos, conotativos). Nesta perspectiva os códigos "constituem conjuntos articulados de símbolos gerais, estabelecidos por convenção implícita ou explícita, destinando-se a representar e transmitir uma mensagem entre sua fonte e seu ponto de destino" (FARIA, 1988, p. 157).

Entenda-se por código qualquer articulação de símbolos gerais, estabelecida por convenção explícita ou implícita, e que se destina a representar e transmitir uma mensagem entre a sua fonte e o ponto de destino (A transmite a B a mensagem X conforme o código Y que, se comum a A e B, será entendida) (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 252).

Vários são os códigos vistos como uma articulação entre símbolos com finalidade de transmitir uma mensagem. Assim, se as normas jurídicas são mensagens prescritivas que devem disciplinar os conflitos, no processo interpretativo são decodificadas como códigos, que podem ser compreendidos como código forte ou fraco.

Em geral, as prescrições burocráticas são emitidas por definição (Weber) conforme um código dotado de rigor denotativo e conotativo. Como observa Epstein, "as ordenações das normas das organizações burocráticas são geralmente unívocas, e é no consenso sobre sua validade que repousa a coesão destas organizações" (1980, p. 26). Trata-se de um código forte que procura dar sentido unívoco à prescrição. Ex.: "as obrigações pecuniárias constituídas antes deste decreto-lei e sem cláusula de correção monetária serão convertida na data de seu vencimento conforme o índice de deflação x". O código forte confere à prescrição um sentido estrito, quando atribui rigor às expressões obrigação pecuniária, constituição da obrigação, data da constituição, fator deflacionário etc. O código forte é violado, como regra, através da

negação. Assim, a prescrição da igualdade proporcional é violada à medida que se estabeleça uma desproporção (ou há igualdade ou há desigualdade) (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 255).

Códigos fracos, diferentemente, permitem sentido ambíguo e vagos de orientação, conforme se afirmou acima. A ambiguidade aqui deve ser entendida como imprecisão conotativa, imprecisão do conceito e a vagueza deve ser entendida como imprecisão denotativa, quais os objetos serão alcançados pelo conceito. Os códigos fracos podem ser violados também pela negação, mas comportam a desconfirmação.

Nega-se uma prescrição quando se age em desconformidade com ela, quando se age no sentido oposto ou divergente ao que ela prescreve. Desconfirma-se, quando se age de outra forma, nem oposta nem divergente, apenas indiferente, de tal modo que a prescrição perde sentido. Por exemplo, a prescrição da crença em um Deus único e em seus mandamentos pode ser negada, quando nos comportamos como ateus (Deus não existe), ou desconfirmada, quando nos revelamos agnósticos (não se pode saber se Deus existe ou não) (Idem, ibidem, p. 255).

O rigor do código forte, porém, estreita o espaço de manobra do destinatário, pois dele se exige um comportamento estrito. Assim, a tendência do receptor é ganhar espaço, ampliar sua possibilidade de comportamento. Por isso ele decodifica a prescrição conforme um “código fraco”, isto é, pouco rigoroso e flexível, discutindo se todas as obrigações pecuniárias estão subsumidas na prescrição, se uma obrigação apenas delineada provisoriamente, mas sujeita a incidentes futuros, já foi constituída etc. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 280). Observe-se que, uma vez decodificada como uma norma de código fraco, a forma da violação desta norma não é somente a negação, mas também a desconfirmação. Quando se age em sentido oposto ao previsto na norma, estaremos diante de uma negação. Por outro lado, quando se age de outra forma, nem contrária, nem tão pouco divergente, somente diferente, estamos diante da desconfirmação da norma¹¹⁶.

Pode ocorrer, porém, que o emissor decodifique sua prescrição conforme um código fraco, procurando “cercar” o comportamento do receptor de todos os lados pela flexibilidade de sentido. Nesse caso, o receptor vai, em contraposição, exigir uma decodificação precisa, conforme um código forte, pois este é que lhe conferirá espaço de manobra.

O legislador normativo trabalha com os dois códigos. Dependendo da situação existencial e atendendo à exigência de imperatividade global do sistema, o intérprete pode variar sua codificação em nome do legislador racional. A paráfrase interpretativa não se

¹¹⁶ Essa desconfirmação pode e será estabelecida a partir da problematização da norma visando a sua interpretação. A possibilidade de diversas soluções no caso que se está a analisar, aproxima-se da desconfirmação mencionada neste ponto.

resume, portanto, num exercício de decodificação rigorosa, mas pode variar, conforme as circunstâncias, desde que se reforce o poder de violência simbólica. Ex.: proibição de analogia em direito penal.

A possibilidade de usar códigos fortes e fracos a serviço do poder de violência simbólica confere à hermenêutica uma margem de manobra, que, simultaneamente, explica as divergências interpretativas, sem, porém, ferir a noção de interpretação verdadeira, enquanto é a que efetua o ajustamento congruente entre poder-autoridade, poder-liderança e poder-reputação na emissão da norma.

9.8 FUNÇÃO RACIONALIZADORA DA HERMENÊUTICA.

O êxito do direito, como força unificadora, depende de se dar significado efetivo à ideia de um governo do direito, unificado e racional. Para isso trabalha a hermenêutica.

A interpretação judicial operativa, em sentido estrito, ocorre no caso de dúvida devido à falta da clareza necessária ou da transparência requerida para a aplicação da lei. Existem diversas fontes para essas dúvidas, mas todas elas são baseadas nos casos específicos e, conseqüentemente, dependentes do contexto (WROBLÉWSKI, 2001, p. 28)¹¹⁷. Esse tipo de interpretação, portanto, envolve sempre um componente pragmático.

É de insistir-se que a ciência jurídica, ao lidar com a sistematização da lei em vigor, apresenta-se como necessária uma interpretação (AARNIO, 1992, p. 63)

Embora as fontes de dúvida nesse tipo de interpretação sejam, via de regra, diferentes das que afetam a interpretação operativa, não existem diferenças relevantes nem no raciocínio justificativo, nem no constructo do legislador racional.

“O raciocínio da interpretação legal é uma das espécies do raciocínio jurídico. No raciocínio jurídico, assim como em todo raciocínio, está subentendida a ideia da racionalidade” (DASCAL, 2006, p. 367).

¹¹⁷En la interpretación operativa, el órgano que aplica el derecho interpreta las reglas utilizadas en el proceso de su aplicación al caso concreto. El ejemplo típico es el de la interpretación de las leyes por los jueces o el de la aplicación administrativa Del derecho.

Não se pode desprezar as diversas formas de racionalidade preconizadas pelos mais variados autores, mas é de se fazer uma suposição mínima como ponto de partida para o desenvolvimento do raciocínio jurídico na atualidade. É de esperar-se que uma decisão não seja arbitrária, qual seja, a decisão deve ser passível de justificativa por ‘boas razões’(WROBLÉWSKI, 2001, p. 57). Dascal Complementa, “a racionalidade é tomada então como a justificabilidade de uma decisão. Ela simplesmente consiste na capacidade de isolar e chamar a atenção para as ‘boas razões’ que supostamente fundamentam uma decisão (2006, p. 367).

A estrutura profunda de uma decisão legal justificada consiste, essencialmente, em um conjunto de premissas epistêmicas e axiológicas que, por meio de regras aceitas do raciocínio jurídico (justificativo), produzem a decisão (como conclusão do raciocínio).

Aqui é necessário apresentar a diferenciação entre premissas epistêmicas e axiológicas. As primeiras incluem o conhecimento da lei e dos fatos considerados para a decisão em consideração. As segundas incluem avaliações e/ou regras específicas, que são levadas em conta para a justificação.

As premissas epistêmicas e axiológicas, bem assim as regras de justificação, fazem referência implícita a uma pessoa e/ou a um constructo: o legislador. É possível o reconhecimento de pelo menos três concepções desse legislador. O primeiro é visto como um agente histórico decretando a lei. É concebido como uma pessoa ou corpo coletivo dotado de algum conhecimento e de uma atitude axiológica mais ou menos determinada, expressa em suas avaliações. Especialmente na linguagem tradicional do discurso jurídico, encontram-se referências à ‘vontade do legislador histórico’, como se fosse um fato histórico do passado que tem de ser reconstruído com a ajuda de vários instrumentos heurísticos (Idem, ibidem, p. 368).

Para uma análise mais aprofundada e como passo seguinte ao desenvolvimento do trabalho passemos à análise do constructo do legislador racional.

CAPÍTULO X

O Constructo do legislador racional e a pragmática da interpretação jurídica.

10.1 INTRODUÇÃO.

Como procuramos demonstrar, as explicações correntes sobre a natureza da comunicação usuais a pressuposição de racionalidade recebe um papel central. A comunicação é tratada como um processo direcionado para um objetivo. Devendo os interlocutores compartilhar, no mínimo, “de alguma noção dos meios eficazes disponíveis para alcançar os objetivos comunicativos (e outros) nesse processo, e cada um deve supor que o outro age, de modo geral, de acordo com critérios de escolha que otimizam a eficácia” (DASCAL, 2006, p. 360-361).

Sendo o discurso jurídico de forma geral, e a interpretação jurídica especificamente, um processo comunicativo, ele também está sujeito a suposições de racionalidades. Este processo comunicativo exige da interpretação jurídica que as pressuposições de racionalidade encontrem um papel mais importante e confiável, que em outras formas de interpretação.

Dascal chama a atenção que a aproximação da pragmática com a teoria da interpretação jurídica, impõe a necessidade de confiar nas pressuposições de racionalidade, referindo-se ao "constructo teórico do legislador racional"(Ibidem, p. 361)

As pressuposições de racionalidades que governam a comunicação – tanto na versão de Grice¹¹⁸ quanto na de Harbermas¹¹⁹ – são de fato claramente normativas. Embora isso não justifique o uso do termo bastante amplo ‘ética’ para descrevê-la, pode-se tranquilamente falar em ‘axiologia da comunicação’, da mesma forma como nos alerta Dascal.

¹¹⁸ Cf. **Studies in the way of words**. Cambridge-MA: Havard University Press. 1991, p. 22-57.

¹¹⁹ Cf.: **Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft**, in **Philosophische Texte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 2009, p. 146-207, B. 2.

Seguindo o mesmo esquema desenvolvido por Marcelo Dascal, na análise do constructo do legislador racional, procuramos reproduzir, na medida do possível, à nomenclatura utilizada por ele.

10.2 RACIONALIDADE E INTERPRETAÇÃO RADICAL.

A interpretação radical parte apenas de observações sobre o comportamento físico e o ambiente de um indivíduo, o intérprete tem de atribuir significado às elocuições desses indivíduos, assim como estados mentais.

Davidson (1973, 1975) observou que o problema de atribuir um significado a uma elocução não pode ser separado do problema das crenças (e desejos) que atribuímos ao falante e que ambas questões estão, por sua vez, relacionadas com a questão das sentenças (de sua linguagem) que o falante tem por verdadeiras. A interpretação é, portanto, a tarefa de solucionar uma equação que envolve, no mínimo, essas três variáveis. Uma vez estabelecidos os valores para duas delas, é possível determinar a terceira (DASCAL, 2006, p. 363).

Dascal chama atenção para o fato de que Lewis (1974, p. 331-334)¹²⁰ generalizou a 'equação de Davidson' e descreveu a situação da interpretação radical em termos de quatro fatores:

a) o conjunto de todos os fatos sobre, digamos, Karl visto como um sistema físico (P); b) o conjunto das atitudes proposicionais (crenças e desejos) de Karl tais como expressos na nossa língua (A_o); c) o conjunto das atitudes proposicionais (crenças e desejos) de Karl tais como expressos na sua língua (A_k); e, d) o conjunto dos significados de Karl, isto é, das condições de verdade das suas sentenças completas assim como as denotações etc., dos seus componentes (M) (2006, p. 363).

É próprio Lewis que aponta o problema central da interpretação radical, Dascal transcreve o texto da seguinte maneira:

"Uma vez dado P, os fatos sobre Karl como um sistema físico, resolva para as demais variáveis" (1974, p. 331). Existem inúmeras restrições que tornam o problema solúvel. Elas são "os princípios fundamentais da nossa teoria geral das pessoas", que "nos diz como as crenças, desejos e significados estão normalmente relacionados entre si, assim como com *output* comportamental e com o *input* sensorial" (p. 334). A noção de racionalidade desempenha um papel-chave na sua teoria, cujos princípios incluem, entre outros, o *Princípio da Caridade* e o *Princípio da Racionalização*. Ambos requerem que Karl seja representado como um "agente racional". É o poder de coação do conjunto completo desses princípios que torna, de acordo com Lewis, o problema da interpretação radical solúvel. Ele esboça uma estratégia interpretativa em etapas na qual, começando com P, completa-se primeiro o

¹²⁰ *Radical interpretation Synthese*. 1974. 27:331-334

A_o , depois o M e finalmente o A_k , e determina-se quando Karl fala de modo transparente e quando não (Ibidem, p. 363-364, grifo do autor).

De ressaltar que a interpretação radical possui duas posições extremadas: a onisciência em P e a completa ignorância dos outros três fatores. O que é de todo incompatível com situação de interpretação real, pois não se pode supor nem onisciência, nem ignorância total (Ibidem).

Em que pese a análise da impossibilidade de escaparmos do viés subjetivista, como a utilizada na interpretação radical, apontado por Dascal, acreditamos que o modo de escapar do impasse que impõe na interpretação radical, mais que os princípios apontados, tal situação pode ser superada, com a análise que se fez com a tradução. Ainda que se utilize dos princípios que Dascal aponta, a utilização semelhante ao que se faz com a tradução permite explicitar as pressuposições de racionalidade comunicativa.

Essa é a tarefa que passamos a desenvolver.

10.3 O LEGISLADOR RACIONAL E O RACIOCÍNIO JURÍDICO.

As principais atividades linguísticas no discurso jurídico são o fazer leis (discurso legislativo), aplicá-las (discurso judicial) e descrevê-las (discurso *científico* ou doutrinário), conforme deixamos consignado anteriormente. O “resultado dessas atividades cria um *corpus* de decisões relativas à elaboração das leis e à aplicação das leis, e de enunciados pertencentes às ciências jurídicas” (Dascal, 2006, p. 365).

As atividades acima descritas estão diretamente relacionadas com o raciocínio jurídico, que pode ser tido como heurístico ou justificativo.

A primeira abordagem é mais adequada para a análise do processo que conduz a uma decisão ou à formulação de um enunciado (ou teoria); a segunda, para a sua justificação. Em termos filosóficos, a primeira abordagem ocupa-se com o “contexto da descoberta” e a segunda, com o “contexto da justificação/validação” (Hempel, 1966, pp. 14-18 *apud* Dascal, Ibidem, p. 365).

O conceito do ‘legislador racional’ pode ser visto como a reconstrução do contexto da descoberta com termos emprestados do contexto da justificação. O legislador é racional exatamente na medida em que se espera que o processo no qual ele toma as duas decisões seja inteiramente guiado por argumentos justificativos dedutivos

explícitos. Não obstante, até mesmo o legislador racional tem de levar em consideração que as leis, executadas não por pessoas ideais, e sim por pessoas reais em circunstâncias reais. Isso significa que as decisões de aplicação da lei acarretarão, necessariamente, a *interpretação* da lei em situações imprevistas, de acordo com regras que não são sempre dedutivas (Idem, *ibidem*).

É necessário nesse passo, a diferenciação entre as principais fontes de leis nos sistemas civil/estatutário, tal como o nosso, possui como a principal fonte atos normativos as emanadas de órgão próprio e competente para tal fim, tendo outras fontes legais caráter secundário¹²¹. Assim, os costumes e decisões reiteradas dos tribunais são tidas como fonte secundária para este sistema, como nos alerta Montoro (2000, p. 348 e 352). Já o sistema chamado consuetudinário ("common law"), a principal fonte dos atos normativos são as decisões judiciais. Saliente-se, no entanto, que existe nesses países um crescente volume de leis decretadas em virtude das políticas intervencionistas do Estado.

É necessário estabelecer alguns requisitos mínimos, como acordo entabulado entre as diversas teorias, para uma aproximação própria ao desenvolvimento do tema no presente trabalho. Ponto que necessita ser destacado diz respeito à abordagem teórica da (a) decisão de questões conflitivas no sistema "statutory law", (b) que pelo menos em algum grau aceite que o juiz utiliza-se de texto normativo válido decidindo de acordo com ele (c) e justifique-as, também tomando-o como referência. Essas concepções é que são aqui utilizadas, vez que as adotadas pela maior parte da cultura ocidental. Afasta-se de imediato, para os fins da tese, as concepções baseadas em direito livre, "common Law" e utilização de precedentes. Quanto este último, deverá merecer uma palavra mais em virtude da caracterização do direito na atualidade brasileira.

Nesse ponto, é interessante observar a afirmação de Wróblewski:

¹²¹ Não se pode ignorar, no entanto, que a Constituição Federal deu tratamento diferenciado em relação aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, os quais quando forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. De todo modo, não se trata de um ato emanado direta e originalmente do órgão competente, mas que, uma vez aprovados possuem status superior à lei ordinária. O Supremo Tribunal Federal passou decidir sobre os tratados da maneira seguinte: "(...) após o advento da EC 45/2004, consoante redação dada ao § 3º do art. 5º da CF, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquia constitucional (...). Desse modo, a Corte deve evoluir do entendimento então prevalecente (...) para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção. (...) Se bem é verdade que existe uma garantia ao duplo grau de jurisdição, por força do pacto de São José, também é fato que tal garantia não é absoluta e encontra exceções na própria Carta." (AI 601.832-AgR, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-3-2009, Segunda Turma, DJE de 3-4-2009.) Vide: RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009. Mais ainda: "Supremacia da CF sobre todos os tratados internacionais. O exercício do 'treaty-making power', pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da CF. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. Precedentes." (MI 772-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 24-10-2007, Plenário, DJE de 20-3-2009.)

Minha análise metateórica de justificação no discurso jurídico é, portanto, uma análise da racionalidade da decisão.

Justificação é tratada de forma pragmática, quer como processo de justificação, ou apragmaticamente como resultado desse processo, ou seja, como um objeto justificado. Justificação ocorre quando um argumento A suporta um "valor" de uma justificada objeto X. Qualquer justificação é composta de três elementos básicos: "justificandum", "justifians" e raciocínio de justificação que os relaciona. (tradução livre) (1989, p. 680)¹²².

De ver-se, como já acentuado, que a interpretação ocorre em todas as áreas do discurso jurídico. O legislador interpreta as normas, assim como os órgãos de aplicação da lei. A ciência jurídica ou a doutrina jurídica se ocupa da interpretação no seu constante esforço de sistematização de conjuntos de leis e suas aplicações.

Para a finalidade do presente trabalho, a análise circunscreverá às situações que descrevemos como conflitivas, operadas em situações específicas de casos e não como situações hipotéticas e descritas a toda e qualquer circunstância da vida, tal como trabalhada pela doutrina dogmática de um modo geral. Alguns autores vão chamá-la de interpretação judicial operativa¹²³, descrevendo como a feita pelo juiz na aplicação da lei. A interpretação operativa tem lugar quando aparece uma dúvida concernente ao significado de uma norma jurídica que há de ser aplicada em um caso concreto na tomada de decisão por uma instância aplicadora do direito (WRÓBLEWSKI, 2008, p. 136). A interpretação operativa tem que determinar um significado duvidoso de maneira suficientemente precisa para que conduza a uma decisão em um caso concreto (Idem, ibidem).

Esse é o principal ponto de interesse nos sistemas de direito estatutário/civil, já que as expectativas sociais das melhores decisões legais ocupam-se das decisões judiciais.

Espera-se que essas decisões satisfaçam, no maior grau possível, a valores como justiça de acordo com a lei, legalidade, objetividade, imparcialidade, previsibilidade, reiterabilidade, e assim por diante. Espera-se, portanto, que se submetam ao grau máximo de controle processual (Wróblewski, 1973, capítulo 3-9).

A interpretação judicial operativa, em sentido estrito, ocorre no caso de dúvida devido à falta da clareza necessária ou da transparência requerida para a aplicação da lei. Existem diversas fontes para essas dúvidas, mas todas elas são baseadas nos casos específicos e, conseqüentemente, dependentes do contexto (Wróblewski,

¹²² My metatheoretical analysis of justification in legal discourse is, thus, an analysis of rationality of decision. Justification is treated either pragmatically as process of justification, or apragmatically as result of this process, i.e. as a justified object. Justification occurs when an argument 'A' supports a "value" of an justified object X. Any justification is composed of three basic elements: justificandum, justifians and justificatory reasoning which relates them

¹²³ Para uma leitura percuciente sobre a interpretação operativa, sugerimos o texto de FERRAJOLI, Luigi. **Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa**. in Revista Internazionale di filosofia del diritto. pp. 290-304, 1966. V. 43.

1985c, pp. 246-250). Esse tipo de interpretação, portanto, envolve sempre um componente pragmático (DASCAL. 2006, p. 366-367).

A exemplo do que sustenta Aarnio, ao lidar com a sistematização da lei em vigor, na ciência jurídica é necessária uma interpretação (1992, p. 61-84).

Embora as fontes de dúvida nesse tipo de interpretação sejam, via de regra, diferentes das que afetam a interpretação operativa, não existem diferenças relevantes nem no raciocínio justificativo, nem no constructo do legislador racional. "Manter o foco" da nossa análise na interpretação judicial operacional. Dos sistemas de direito estatutário/civil é, portanto, uma decisão justificável (DASCAL. 2006, p. 367, grifamos)

O raciocínio da interpretação legal é uma das espécies do raciocínio jurídico. No raciocínio jurídico, assim como em todo raciocínio, está subentendida a ideia da racionalidade.

Nesse passo é importante destacar, mais uma vez, o pensamento de Dascal que não despreza as diversas formas de racionalidade preconizadas pelos mais variados autores, mas faz uma suposição mínima como ponto de partida para o desenvolvimento de seu raciocínio. Assume que a cultura dele espera que uma decisão não seja arbitrária, qual seja, passível de justificativa por 'boas razões' (Idem, p. 367). Complementa, "a racionalidade é tomada então como a justificabilidade de uma decisão". Ela simplesmente consiste na capacidade de isolar e chamar a atenção para as 'boas razões' que supostamente fundamentam uma decisão.

A estrutura profunda de uma decisão legal justificada consiste, essencialmente, em um conjunto de premissas epistêmicas e axiológicas que, por meio de regras aceitas do raciocínio jurídico (justificativo), produzem a decisão (como conclusão do raciocínio).

Premissas epistêmicas – justificativas – decisão – raciocínio – premissas axiológicas (Idem, p. 367).

As premissas epistêmicas incluem o conhecimento da lei e dos fatos considerados para a decisão em consideração. As premissas axiológicas incluem avaliações e/ou regras específicas, que são levadas em conta para a justificação. Ressalte-se que Dascal deixa de aprofundar no discurso prático.

As premissas epistêmicas e axiológicas, bem assim as regras de justificação, fazem referência implícita a uma pessoa e/ou a um constructo: o legislador.

Já tivemos oportunidade analisar um primeiro legislador, o legislador histórico que é reconstruído heurísticamente no processo interpretativo. Dascal assim expressa:

É visto como um agente histórico decretando a lei. É visto como uma pessoa ou corpo coletivo dotado de algum conhecimento e de uma atitude axiológica mais ou

menos determinada, expressa em suas avaliações. Especialmente na linguagem tradicional do discurso jurídico, encontram-se referências à ‘vontade do legislador histórico’, como se fosse um fato histórico do passado que tem de ser reconstruído com a ajuda de vários instrumentos heurísticos (Ibidem, p. 368).

Há da mesma forma, um legislador identificado com o órgão do qual promanam as leis e é visto como uma entidade do presente a qual é responsável por manter as leis vigentes como um corpo coerente.

Nessa concepção, o legislador é visto como o legislador presente, isto é, como o órgão que decreta as leis, no momento de tomar uma decisão interpretativa jurídica. Esse legislador é uma entidade real, dotada de ‘vontade’ própria. Mas ele não pertence ao passado, e sim ao presente. Ele apoia todas as leis vigentes, tidas como um conjunto coerente de regras decretadas. A reconstrução da sua vontade está centrada no presente e depende do uso dos instrumentos adequados para esse fim (Idem, ibidem).

Por último, um terceiro legislador, melhor dizendo, uma terceira concepção de legislador, que põe as duas concepções de legislador anteriores como inapropriadas e ingênuas, visto como um constructo que serve como referência ideal para a definição da racionalidade da decisão jurídica.

Por essa concepção, o legislador não é visto como o órgão que decreta as leis nem do passado nem do presente, e sim como um constructo para fins justificativos e até heurísticos. De acordo com esse ponto de vista, as duas concepções anteriores do legislador são inapropriadas quanto ingênuas, pois elas supõem que o legislador seja dotado de uma intenção definida e de um conhecimento do futuro impossível de ser obtido, que ele seja coerente em suas opiniões e avaliações e que possua total proficiência em sua linguagem. Isso seria impossível para qualquer autoridade coletiva como o parlamento. A conclusão dessa crítica é que o legislador ao qual o raciocínio jurídico se refere não pode ser um órgão real, passado ou presente, e sim um constructo, que funciona como ponto de referência ideal para a *definição* da racionalidade de uma decisão. Resumindo, esse legislador ou é um legislador *racional* ou um legislador perfeito (Ibidem, p. 368-369, grifo do autor).

Somente o legislador como um constructo argumentativo é relevante para a análise jurídica.

10.4 O LEGISLADOR RACIONAL E O SIGNIFICADO DO TEXTO NORMATIVO.

A interpretação legal é feita em uma linguagem jurídica e essa linguagem jurídica é identificada como um registro da linguagem natural (Idem, ibidem, p. 369).

Ela possui aspectos semânticos e pragmáticos, mas não tem aspectos sintáticos distintivos, se comparada com a linguagem natural em geral. Ao contrário das

línguas ‘planejadas’ ou ‘artificiais’, a língua jurídica evolui historicamente. Ela é o resultado das necessidades práticas da elaboração das leis e de sua aplicação. O legislador tem de optar por um meio-termo entre, por um lado, a acessibilidade e a inteligibilidade direta dos textos jurídicos por seus destinatários potenciais e, por outro, um nível adequado de exatidão na formulação das leis sancionadas. O primeiro requisito faz com que ele mantenha, o máximo possível, a linguagem natural como ela é, ao passo que o segundo exige o uso de um jargão técnico. O resultado é que, enquanto a sintaxe da língua natural permanece inalterada, frequentemente ocorrem mudanças no vocabulário, ou pela introdução de novos termos técnicos, ou pela modificação dos significados de termos existentes para fins de regulamentação jurídica (Ibidem, p. 369-370).

Ressalte-se, que o legislador racional não se abster de formular textos jurídicos com expressões imprecisas e avaliativas e dá como exemplo as chamadas cláusulas gerais. Assim, cria de modo proposital certa liberdade interpretativa, deixando a tarefa de determinação mais precisa do significado para os órgãos que aplicam a lei.

Isso, entretanto, é conjugado com um procedimento crítico, pelo qual o legislador racional analisa como os seus textos foram interpretados. Se essa interpretação não corresponde em grau suficientemente elevado a seu objetivo, ele ou modifica o texto jurídico ou estipula uma interpretação obrigatória, se isso puder ser feito no sistema jurídico ao qual ele pertence (ver Wróblewski, 1985b) (Idem, ibidem, p. 370).

Ainda com Dascal, vê-se a utilização de linguagem na formulação do direito e seu constructo do legislador racional. Assim, afirma o mesmo autor, a língua jurídica compartilha dois aspectos importantes com a língua natural comum. O primeiro destes aspectos é a contextualidade e a co-textualidade do significado de seus termos. O segundo aspecto é a sua imprecisão pragmática. Dessa forma, os significados dos termos jurídicos dependem dos contextos linguísticos, sistêmicos e funcionais do seu uso; e esses termos “são imprecisos no sentido de que há sempre uma penumbra semântica na qual a questão da sua aplicabilidade permanece em aberto” (Ibidem, p. 370).

Um texto jurídico decretado deve ser concebido como portador de uma mensagem comunicativa, enviada por um emissor (E) a um receptor (R), através de um canal não imune de ruído. O emissor produz um texto em sua língua (L_e), que o receptor toma como se fosse um texto em sua língua (L_r). Tomando em consideração a variabilidade semântica e contextual, o modelo de comunicação costumeiro deve ser modificado, pelo menos da seguinte maneira:

$C [E] \rightarrow$ texto na L_e com significado S_e no contexto $C_e \rightarrow$ canal + ruído $\rightarrow [R]$ no texto na L_r com significado S_r no contexto C_r

O problema ‘técnico’ da comunicação (ver Shannon e Weaver, 1963), isso é, a maneira de garantir uma transmissão razoável através do inevitável ruído do canal, compartilhado por todas as formas de comunicação, pode ser deixado de lado. Enfocaremos apenas os aspectos semânticos e pragmáticos do processo. Consideraremos, em especial, apenas as partes ‘juridicamente relevantes’ de ambos os contextos C_e e C_r . Com intuito de simplificação, consideraremos apenas os casos nos quais a ‘mensagem’ é uma regra jurídica. Do ponto de vista do ‘emissor’, que promulga a regra, o contexto legalmente relevante é uma determinada situação de decretação, considerando enquanto atividade do fazer a lei – simbolizada como C_{el} . Do ponto de vista do ‘receptor’, digamos, um juiz aplicando a lei, o contexto

relevante é uma situação de aplicação, simbolizando como C_{ra} . O esquema C pode ser especificado então da seguinte forma:

$C^* [E] \rightarrow \text{texto na } L_e \text{ com significado } S_e \text{ no contexto } C_{el} \rightarrow \text{canal} + \text{ruído} \rightarrow [R] \text{ no texto na } L_r \text{ com significado } S_r \text{ no contexto } C_{ra}$ (idem, p. 370, grifos no original).

Aqui é possível identificar o problema da interpretação está na identificação da linguagem e o contexto da mensagem produzida pelo emissor. Isto no âmbito da interpretação legal exige identificar quem exatamente é o emissor da mensagem. Qual dos legisladores, o histórico, o presente ou o constructo.

O Professor Pugliesi em análise sobre a teoria da comunicação e pragmática destaca o tríplice aspecto da aplicação da noção de ruído à comunicação inter-pessoal, distinguindo a intenção do que se quis dizer, do que efetivamente diz-se, daquilo que é captado. É importante colacionarmos sua afirmação:

A noção de ruído pode ainda ser aplicada à comunicação inter-pessoal. Uma coisa é o que se quer dizer, outra é o que se diz, outra o que se ouve e outra, finalmente, o que o ouvinte se lembra de ter ouvido. Em cada uma destas transmissões perde-se inevitavelmente informação e um exemplo dramático dessa perda encontra-se nas diferentes traduções de texto, em particular a partir de tradução de original vertido em língua de difícil conhecimento como na Bíblia, por exemplo ou, o que é ainda pior, nos testemunhos de oitiva, aquele em que a testemunha depõe porque ouviu algum outro dizer (2005, p. 212).

Merece destaque especial a afirmação de Dascal quanto a esta questão e a possível solução apontada, utilizando-se de Wróblewski para tal finalidade:

Nos termos do esquema C^* , o problema da interpretação com o qual R se depara consiste em garantir que S_r -em- C_{ra} seja o mais próximo possível de S_e -em- C_{el} , apesar das (potenciais ou reais) diferenças na linguagem e no contexto e das possíveis distorções do canal. Essa tarefa depende crucialmente da percepção/interpretação que o receptor tem do emissor, isto é, da sua linguagem e do seu contexto. O que, por sua vez, exige uma decisão sobre 'quem é o emissor'. É o legislador histórico, o legislador presente ou um constructo – o 'legislador racional' – ao qual a 'forma ideal' da mensagem é atribuída (Ibidem, p. 371).

A resposta a pergunta formulada é essencial para a teoria e/ou ideologia da interpretação. E com o esquema C^* nos deparamos com três tipos de significados com os quais as teorias da interpretação jurídica se deparam. "Esses tipos são reelaborações de ideias vagamente expressas na literatura jurídica" (Idem, ibidem).

A primeira dessas ideias é a do legislador histórico como o emissor da mensagem, isto é, do texto jurídico expresso na linguagem jurídica L_e e a sua intenção comunicativa (ou vontade) é, "ex hypothesi", o 'significado do falante' S_e do texto em questão. "Esse significado é formulado na situação histórica da decretação da lei C_{el} , que constitui a parte relevante do

contexto do emissor (C_e)" (Idem, Ibidem, grifo do autor). Dascal continua no desenvolvimento do raciocínio:

O receptor R que deve aplicar a lei deve adotar uma postura modesta, assumindo que o significado a ser capturado é determinado inteiramente pelo emissor. Ele deve evitar, particularmente, projetar em C_{el} L_e características de C_{ra} e L_r . A tarefa é descobrir uma representação adequada (L_r com significado S_r no C_{ra}) que reproduza o significado do emissor.

Em suas versões mais 'ingênuas', esse tipo de abordagem tende a negligenciar as diferenças no contexto e na linguagem, isto é, a supor que $L_e=L_r$ e que $C_{el}=C_{ra}$. Em suas versões mais sofisticadas, a abordagem adota uma posição hermenêutica 'clássica': o intérprete está sempre ciente das diferenças de linguagem e contexto, mas, não obstante, espera-se que seja capaz de superá-las por meio de um esforço deliberado e ininterrupto de 'se colocar na pele do emissor' (Ibidem, p. 371-372).

A segunda ideia é uma espécie de variação da primeira, baseando-se no legislador presente. Num cotejo entre a diferença da situação de elaboração e a de aplicação da lei, resultando na busca da solução que teria dado o legislador presente, qual seja nas circunstâncias atuais.

Aqui o intérprete pode tomar em consideração mais substancialmente as possíveis diferenças entre a situação da aplicação e a situação da elaboração das leis, no sentido de que a aplicação pode não ter sido de todo considerada pelo emissor. Ainda assim, nessa abordagem, a interpretação está subordinada ao (suposto) significado real do emissor, no sentido de que S_r deveria ser uma resposta para a pergunta hipotética mas 'psicológica': o que o legislador presente *teria* dito se tivesse se deparado com esse caso? (Ibidem, grifo do autor).

A terceira possibilidade de elaboração do significado do texto jurídico é a do constructo do legislador racional.

Nessa abordagem, o receptor *reconstrói* o significado do emissor, projetando no emissor (ou no texto) uma noção de racionalidade. Ele não pergunta o que o emissor *quis* dizer e sim o que o emissor *deveria* querer dizer. S_r é, desse modo, o resultado da aplicação das ideias do receptor sobre a racionalidade da decretação da lei. Este tipo de abordagem subjaz de fato à maioria das interpretações operativas contemporâneas, embora algumas ainda estejam formuladas em termos da 'vontade' do legislador histórico ou presente (Idem, ibidem).

Aqui retomamos a análise anteriormente feita sobre conceber a norma jurídica uma relação comunicacional. Da mesma forma, possibilita chegar a uma noção de interpretação tomando por base essa mesma comunicação. Assim, o intérprete não ignora o texto legislativo, mas o inclui no âmbito do diálogo dialógico. Explico: sendo o texto normativo o envio de uma mensagem determinada, numa situação comunicacional na qual se apela ao entendimento do receptor, esse mesmo pode apresentar uma insegurança sobre sua mensagem e assim buscar a alternativa, dentre as diversas possíveis, que possa por um fim à situação

conflitiva. Não há um restabelecimento original, mas a inclusão de um contexto que apontará a solução mais adequada (razoável, diria) para por fim àquele conflito.

É preciso registrar uma quarta abordagem relacionada à hermenêutica filosófica, na qual há a concessão de liberdade total ao receptor.

Nessa abordagem, o significado do texto jurídico é inteiramente elaborado ou criado pelo receptor, não apenas por meio de uma noção de racionalidade, mas fazendo uso de um conjunto completo de suposições oriundas do C_r . Ideias desse tipo foram expressas no início do século XX por partidários mais radicais dos movimentos do Direito Livre, mas hoje em dia elas não são mais relevantes (Idem, *ibidem*).

Para Dascal o terceiro modelo é o mais usado nas interpretações reais, como também o mais apropriado, “devido às restrições pragmáticas na interpretação jurídica” (*Ibidem*, p. 372).

Ele deve satisfazer, dentro de limites razoáveis, aos requisitos de *certitudo* (ou ‘objetividade’) e de *brevitas* (ver Capítulo 15a). Se acaso se concedesse liberdade total de interpretação, como no modelo hermenêutico, não se alcançaria a objetividade necessária. E se se exigisse (ou supusesse) fidelidade total às intenções do legislador histórico ou presente, não se alcançaria a *brevitas* (e talvez nem a *certitudo*). Uma concepção ‘razoável’ de ‘legislador racional’, por outro lado, que tem várias características em comum com as pressuposições de racionalidade que fundamentam a teoria pragmática, poderia superar ambas as deficiências (Idem, *ibidem*).

De fato, a indicação do terceiro modelo parece mais consentâneo com a realidade e com a prática jurídica na atualidade e, em especial, em países que adotam o sistema civil/estatutário.

Para um legislador racional poderemos, em tese, falarmos de um intérprete racional da lei. Mas para afirmarmos de forma categórica, é necessário iniciarmos uma pequena análise sobre o perfil do legislador racional e a partir dele examinarmos o perfil do intérprete racional. Esta é a tarefa que empreendemos a seguir.

10.5 PERFIL DO LEGISLADOR RACIONAL

Para a caracterização do constructo do legislador racional é necessário tocar em princípios pragmáticos primordiais, conforme nos alerta Dascal.

Na sua análise inicial sobre a interpretação radical e o que chama de interpretação real, Dascal ao desenvolver a teoria defendida por D. Lewis faz a abordagem de alguns princípios que podem ser utilizados para explicitar o perfil do legislador racional.

Relembremos as afirmações sobre a interpretação radical e o modelo utilizado em Karl. Lewis apresenta quatro fatores para a análise da situação de interpretação radical, a saber:

(a) P é o conjunto de todos os fatos sobre, digamos, Karl considerado como um sistema físico, incluindo elementos como as atitudes proposicionais de Karl para agir de determinadas maneiras em circunstâncias fisicamente possíveis de serem especificadas, a história causal de seus estados físicos, etc.; (b) A_0 é o conjunto de atitudes de Karl (crenças e desejos) tal como expressas na nossa linguagem; (c) A_K é o conjunto das atitudes proposicionais de Karl (crenças e desejos) tal como expressas na linguagem de Karl; (d) M é o conjunto de significados de Karl, isto é, as condições de verdade de suas sentenças completas, bem como as denotações dos componentes dessas sentenças. O problema da interpretação radical pode então ser definido da seguinte maneira: "Dado P , os fatos sobre Karl como um sistema físico, determine o resto (Dascal. 2006, p. 223-224, grifo do autor).

E acrescenta:

São os "princípios fundamentais da nossa teoria geral das pessoas" que "nos mostram de que maneira as crenças e os desejos normalmente estão relacionados com *output* comportamental e com o *input* sensorial" (Idem, ibidem).

Passa então a definir a teoria como um sistema de princípios.

O Princípio da Caridade e da racionalização limitam A_0 e a sua relação com P . Tais princípios são apresentados como Karl desejando o que deve desejar, com identificação ao princípio da caridade. O princípio da racionalização é apresentado como "Karl deve ser representado como um agente racional; as crenças e os desejos atribuídos a ele por A_0 devem ser tais que forneçam bons motivos para o seu comportamento (Ibidem, 224). Quanto ao legislador racional, o princípio da racionalização é dotado de boas razões para as decisões. E essas boas razões devem obedecer às exigências das premissas epistêmicas, axiológicas, com a aplicação de regras válidas do raciocínio jurídico. No tocante ao princípio da caridade, o legislador racional crê nos fatos que deve crer e deve aceitar ou desejar o que deve desejar.

Outro princípio a ser identificado é o princípio da Veracidade que nos conduz a "atribuir a Karl crenças e desejos que estão de acordo como um uso veraz de sua linguagem, isto é, crenças e desejos que estão de acordo com os significados atribuídos por M às sentenças e com as intenções comunicativas 'normais' associadas ao uso dessas sentenças" (Idem, p. 224). Na sua aplicação ao legislador racional as tomadas de decisões de sua parte devem utilizar-se da linguagem jurídica e dever possuir competência para esta utilização.

O último desses princípios seria o da Manifestação no qual "as crenças de Karl, tal como expressas em sua própria linguagem, deveriam normalmente ser manifestadas em suas disposições para com o comportamento discursivo" (Ibidem, p. 224). Para o legislador racional pode-se traduzir no uso das regras de linguagem jurídica, sendo as mesmas válidas e relevantes.

Assim, o perfil do legislador racional pode ser caracterizado, da seguinte maneira:

- 1) O legislador racional é um agente racional, dotado de boas razões para as suas decisões.
- 2) As boas razões em questão satisfazem certos critérios formais, tais como: boas razões não podem ser nem inconsistentes (premissas epistêmicas) nem incoerentes (premissas axiológicas); as decisões são alcançadas pela aplicação das regras válidas do raciocínio jurídico.
- 3) No que diz respeito às suas premissas epistêmicas, o legislador racional crê nos fatos que deve crer.
- 4) No que diz respeito às suas premissas axiológicas, o legislador racional deve aceitar ou desejar o que deve desejar.
- 5) As decisões do legislador racional e suas justificativas são formuladas na linguagem jurídica. Supõe-se que o legislador racional seja um usuário competente ou, como diz Chomsky, um 'falante ideal' dessa linguagem.
- 6) O legislador racional também há de ser um usuário competente das regras de raciocínio jurídico relevantes para suas decisões.
- 7) O legislador racional usa de fato as regras da linguagem jurídica.
- 8) O legislador racional usa de fato em suas justificações as regras válidas e relevantes do raciocínio jurídico (Ibidem, p. 373).

É necessário frisar no entanto, que "apesar da imprecisão e da dependência do contexto, a linguagem jurídica garante uniformidade suficiente para tolerar 'traduções' ou interpretações razoáveis e confiáveis das elocuções do legislador racional para elocuções do intérprete" (Idem, ibidem).

Estabelecido o perfil do legislador racional, há de perguntar-se a existência de padrões mínimos da determinar o perfil do intérprete da lei. Essa questão é que será abordada em seguida.

10.6 PERFIL DO INTÉRPRETE RACIONAL DA LEI.

Se para caracterizar o perfil do legislador racional partiu-se de princípios pragmáticos, para a caracterização do perfil do intérprete racional tomar-se alguns pressupostos essenciais para sua delimitação. Recorrendo mais uma vez a Dascal, é preciso destacar que para a utilização do constructo do legislador racional, o contexto da interpretação, que inclui o intérprete da lei, deve ser interpretado de modo a satisfazer a várias pressuposições. E essas pressuposições fundamentam o raciocínio jurídico atual. “As pressuposições desse raciocínio, na medida em que lidam com o que tora possível a justificação, podem ser consideradas uma expressão da suposição de racionalidade da interpretação jurídica” (Ibidem, p. 374).

Podemos falar em três grupos de pressuposições do raciocínio jurídico, que também podem ser tomadas como características do raciocínio interpretativo justificativo: as pressuposições factuais (PF) – propriedades gerais do contexto - , as pressuposições das regras (PR) – propriedades dos diversos conjuntos de regras presentes na elaboração, na aplicação e na interpretação da lei. Estão incluídas nesse grupo as pressuposições relativas à linguagem jurídica (PRL), ao raciocínio jurídico (PRR) e aos sistemas jurídicos (PRS) - e as pressuposições axiológicas ou de valor (PA) – que são especialmente importantes em um contexto normativo como a lei. Cada uma se refere a diferentes aspectos do contexto de elaboração das leis e de sua interpretação/aplicação.

PF1 Existem as seguintes realidades independentes do intérprete: linguagem jurídica, situações que tornam o uso dessa linguagem pragmaticamente significativo, regras jurídicas formuladas na linguagem jurídica, um sistema jurídico, diretrizes da interpretação jurídica.

PF2 Uma regra jurídica é interpretada em um contexto situacional cuja existência não depende do intérprete.

PF3 O intérprete tem acesso às realidades mencionadas em PF1, à informação contextual relevante mencionada em PF2 e possui a requerida ‘competência jurídica’, isto é, domínio dos sistemas de regras e valores mencionados nas seguintes pressuposições.

PRL1 As regras (semânticas) da linguagem jurídica são relevantes para o significado das regras jurídicas nela expressas.

PRL2 Na aplicação da regra jurídica, em geral não é possível determinar o significado da regra apenas pela força das regras semânticas da linguagem jurídica segundo as quais a regra é formulada.

PRL3 As regras pragmáticas do uso da linguagem são relevantes para a interpretação de uma regra jurídica no contexto da aplicação.

PRL4 As regras jurídicas tal como formuladas na linguagem e no contexto do legislador podem ser traduzidas para a linguagem e o contexto do intérprete da lei.

PRR1 A aplicação das regras do raciocínio jurídico é necessário para a justificação das decisões interpretativas jurídicas.

PRR2 As premissas das decisões interpretativas jurídicas independem, ao menos em parte, do intérprete.

PRR3 As premissas epistêmicas das decisões interpretativas são internamente consistentes e as premissas axiológicas são internamente coerentes.

PRS1 Uma regra interpretada é parte do sistema jurídico.

PRS2 Alguns aspectos do sistema legal são relevantes para a determinação do significado de uma regra interpretada.

PRS3 Um sistema jurídico é pelo menos localmente consistente e coerente.

PA1 A avaliação é relevante em uma interpretação operativa ao menos para a escolha e o uso das diretrizes da interpretação.

PA2 As avaliações fazem parte da argumentação que justifica as decisões interpretativas justificativas (Idem, ibidem, p. 374-375).

À semelhança do que foi afirmado em relação ao uso de estrutura e regras linguística para a tradução, aqui encontramos limitações semelhantes àsquelas desenvolvidas quando tratamos da utilização das doutrinas da tradução, com a interpretação.

Aqui, observamos que um intérprete racional não pode interpretar uma regra jurídica sem pressupor que ela foi decretada por legislador racional. Da mesma forma um legislador racional deve pressupor que as regras que ele decreta serão interpretadas racionalmente, ou seja, de acordo com as pressuposições mencionadas. Pode-se dizer, que "o conjunto duplo de condições referentes ao legislador e ao intérprete racional especifica, idealmente, o conjunto mínimo de conhecimento mutuamente compartilhado (ver Schiffer, 1972) requerido para a interpretação racional ideal" (Idem, ibidem, p. 375). A proporção é a de que "quanto menos uma situação real de interpretação garante tal suposição de mutualidade, menos ela é capaz de dar lugar a uma decisão interpretativa 'racional'" (Ibidem, 375).

É patente que no processo interpretativo aspectos ideológicos interfiram de modo significativo. Mas é imprescindível a determinação desta ideologia da interpretação legal.

10.7 O LEGISLADOR RACIONAL E A IDEOLOGIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

Na interpretação operativa (isto é, a interpretação feita durante a aplicação da lei), o constructo do legislador racional é de fato usado. Apontando-se diversos significados possíveis de uma regra jurídica obscura, ambígua ou vaga os argumentos para a escolha de um deles está relacionado ao legislador racional. E tais argumentos baseiam-se na suposição "de que o legislador racional haveria sempre de escolher as regras jurídicas mais adequadas à implementação dos propósitos que ele estabelece para a lei, ao seu conhecimento e às avaliações justificadas" (Idem, p. 374).

Os argumentos podem então atuar de modo positivo ou negativo. O primeiro consiste em apoiar uma escolha de significado, pois ela atende aos critérios do legislador racional; o segundo, em rejeitar um significado proposto, por ele não atender aos critérios do legislador racional (Ibidem, p. 375).

Mas não se pode dizer que sejam conclusivos tais argumentos, mesmo porque a referência ao legislador racional determina uma escolha interpretativa. Pode-se dizer que há uma pressuposição que se leva em conta, no discurso do legislador, no qual são "fornecidas razões/motivos para agir de um certo modo e não de outro, que se destinam a uma tomada de posição diante de diferentes possibilidades nem sempre congruentes, ao contrário, em conflito no caso concreto" (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 294).

Dascal chama nossa atenção para que a análise teórica da interpretação, "levam a uma descrição da decisão interpretativa em termos de uma fórmula normal" (2006, p. 376). Na decisão racional é necessária a justificação. E não somente, é necessário que se deixe explícita as justificações que levaram à decisão interpretativa, considerando todos os argumentos relevantes para justificá-la.

N A regra jurídica *R* na linguagem jurídica *L*₁ e/ou no contexto *C*₁ tem o significado *S* de acordo com as diretrizes de interpretações *DI*₁₁, *DI*₂₁, ..., *DI*_{n1}; *DI*₁₂, *DI*₂₂, ..., *DI*_{n2}, e as avaliações *V*_{1i}, *V*_{2i}, ..., *V*_{ni} necessárias para a escolha e o uso das diretrizes (Ibidem, p. 376)¹²⁴.

A construção teórica da fórmula normal apresentada, supõe que o texto jurídico (interpretado) seja expresso em uma linguagem imprecisa, dependente do contexto. E para diluir a imprecisão da situação de dúvida, as regras semânticas da linguagem jurídica não são suficientes. "Argumentos são necessários e dependem das diretrizes de interpretação e avaliações. É o uso desses argumentos que permite que se possa considerar a decisão interpretativa uma decisão *racional*" (Idem, ibidem, grifo do autor).

¹²⁴ Cf. Wróblewski, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. 1. ed., 1. reimp. Madrid: Civitas. 2001, p. 65.

As diretrizes de interpretação jurídica de primeira ordem determinam como utilizar os diversos tipos de contexto para estabelecer o significado de R: o contexto linguístico (o chamado 'co-texto' de R), o contexto sistêmico (o sistema jurídico ao qual R pertence) e o contexto funcional (o entorno psicossociológico onde R foi decretado e/ou aplicado). Cada uma dessas diretrizes linguísticas da linguagem jurídica podem conduzir a um significado oposto ao significado funcional baseado no papel da regra como um instrumento para alcançar os objetivos de determinadas políticas. O juiz tem de decidir qual significado deve prevalecer e as suas decisões serão justificadas pelas diretrizes de interpretação de segunda ordem (DI₂) (Idem, *ibidem*).

Essas avaliações têm por objetivo demonstrar a necessidade da interpretação, qual seja, forma a base para a avaliação quanto à falta de 'transparência' da regra na situação de aplicação, isto é, decidir se, no caso, "Lex non clara est". São requeridas, da mesma forma, para justificar a escolha de "certas diretrizes de interpretação (o inventário dessas diretrizes é muito extenso) e para utilizá-los" (Idem, p. 376-377).

Percebe-se, pois, que a adoção de um conceito de legislador histórico, presente ou racional traz por consequência a adoção de um ponto de vista ideológico a apresentar uma solução jurídica para uma situação determinada. A depender, portanto, se adota-se uma ideologia estática ou dinâmica a decisão interpretativa restará diferente.

"O significado S é estabelecido ou de modo *geral* ou relativamente a uma situação específica do uso da regra" (Idem, p. 377). Aqui é importante ressaltar a diferença entre a interpretação operativa e a interpretação doutrinária. "A interpretação operativa normalmente se ocupa do modo relativo e refere-se, assim, a uma situação concreta". Já em relação à interpretação doutrinária dogmática legal, por outro lado, é um dos problemas da dogmática jurídica. É a interpretação como atividade da ciência do direito, que aborda soluções de seus próprios problemas. como afirma Wróblewski, "la necesidad de interpretar las normas está determinada, por tanto, más por los objetivos de la investigación que por situaciones concretas" (2008, p. 213). Ocupa-se, portanto, mais com a determinação geral do significado de uma regra. Mesmo em tal caso, não se deixa de fazer referência implícita a uma situação de uso ideal ou racional ou hipotético, e permanecem a necessidade de depender das diretrizes de interpretação e das avaliações.

A presença de tais interpretações nos obriga a elaboração de uma ideologia da interpretação, qual seja no estabelecimento do conjunto de diretrizes e avaliações. E estas, aparecerão sob duas formas básicas, uma estática e outra dinâmica o que, por óbvio, terá consequências na atividade interpretativa. É importante reproduzir o ensinamento de Dascal quanto ao tema:

A análise comparativa das avaliações da interpretação jurídica, tanto como formuladas nas ciências jurídicas e como usadas na prática, nos leva a elaborar a concepção de uma 'ideologia de interpretação' (Wróblewski, 1959, capítulo 4; 1972; 1985^a, capítulo 6). Uma 'ideologia' consiste no conjunto de diretrizes de interpretação jurídica e das avaliações, tal como aparecem em N.

Existem dois tipos básicos de ideologia de interpretação, de acordo com o tipo de valores subjacentes que comportam. A ideologia 'estática' favorece valores com certeza legal, segurança legal, previsibilidade legal e a estabilidade da lei. A ideologia 'dinâmica' está mais preocupada com a adaptação da lei às necessidades mutáveis da vida. Tais necessidades são tidas como a axiologia que fundamenta o contexto funcional da operação da lei na ocasião de sua interpretação (embora também tomem em consideração o contexto sistêmico). A ideologia estática corresponde à construção do significado como sendo o significado do emissor, tomado como idêntico à 'vontade' do legislador histórico. A ideia de significado da ideologia 'dinâmica', por outro lado, é a do significado do emissor modificado, que pode ser alterado, embora não haja alteração na letra da lei.

A primeira identificação acima pode ser defendida da maneira seguinte. Uma vez que a interpretação jurídica deve implementar a certeza, a segurança, a previsibilidade e a estabilidade da lei, o significado do texto jurídico deve ser tão estável quanto a sua formulação, ou seja, deve permanecer o mesmo, a não ser que o legislador modifique o texto sancionando uma nova lei. Essa estabilidade do significado é garantida quando o significado é definido como a vontade do legislador histórico, isto é, como um fato psicológico do passado que não pode ser alterado com o tempo. Na terminologia empregada neste capítulo, o legislador histórico é o emissor da mensagem jurídica formulada em sua linguagem (L_e) e o significado é o significado do emissor (S_e), determinado *inter alia* pelo contexto histórico da elaboração das leis (C_e).

O argumento para interpretarmos o significado relevante para a ideologia dinâmica como o significado modificado do emissor conta com a orientação basicamente diferente dessa ideologia. A interpretação jurídica deveria implementar a válvula de adaptação da lei às necessidades mutáveis da vida. Se a letra da lei – o texto jurídico – não muda, apesar das mudanças nas condições de vida, então o processo interpretativo deveria presumir uma mudança no significado. Adequar a lei à vida torna-se assim a tarefa do intérprete: ele tem de atribuir as mudanças relevantes do significado ao legislador presente, agindo no contexto atual. Em nossa terminologia, isso significa que a ideologia dinâmica utiliza um significado do emissor modificado, visto à luz do contexto do receptor (C_{ra}) e, conseqüentemente, não sendo idêntico a S_e , mas mais perto de S_r . Em concepções radicais dos movimentos do Direito Livre, o significado em questão é simplesmente equacionado sem delongas a S_r (2006, p. 377-378).

O constructo do legislador racional é, portanto, ambivalente quanto à distinção entre as ideologias. Isso em virtude das justificações das ideologias utilizarem valores estáticos e dinâmicos, ou de sua combinação, sem referência a legislador histórico ou presente como pessoa real (Idem, 378).

Não há dúvida que na cultura jurídica corrente existem diretrizes da interpretação jurídica aceitas tanto pela ideologia estática como pela dinâmica. Elas são baseadas em propriedades relevantes da linguagem e do sistema jurídico. A questão que se põe é se elas são capazes de eliminar as dúvidas interpretativas? A resposta só pode ser não. No entanto,

apesar da resposta negativa, nada impede que ou exclui a necessidade de acrescentar ao aparato interpretativo mais uma ideologia: a do legislador racional.

É nos valores mais essenciais que cada uma das ideologias, dinâmica e estática, adota que se encontram a oposição entre elas. Não obstante, na literatura jurídica o seu fundamento axiológico não é explicitado e essas ideologias aparecem disfarçadas de teorias da interpretação.

Conforme já tivemos oportunidade de expor, como teorias da interpretação as ideologias recebem o nome de teoria subjetiva da interpretação e teoria objetiva da interpretação. A primeira define o significado dos textos jurídicos de acordo com a vontade do legislador histórico. Na segunda, teoria objetiva, não há esta vinculação do significado de acordo com a vontade do legislador histórico. Observe-se, porém, que o caráter objetivo do significado pode mudar de acordo com os mais diversos fatores, aqui incluído a vontade do legislador presente ou aspectos teleológico, sociológico ou axiológico que podem ser atribuídos ao texto no processo interpretativo.

Não resta dúvida que análise crítica mostra que as ideologias aqui discutidas dependem, implicitamente, do ponto de vista tomado em relação ao legislador racional. assim leciona Dascal:

A ideologia estática, utilizando o conceito do legislador histórico, de fato atribui a essa pessoa real as qualidades de um legislador racional que, nessa interpretação, deseja que as normas jurídicas por ele decretadas tenham o significado que ele lhes atribui. Ademais, supõe-se que ele dê preferência à uma implementação dos valores estáticos.

A ideologia dinâmica, por sua vez, atribui as características de um legislador racional ao legislador presente, o qual deve adequar as leis à vida contemporânea, de acordo com o seu conhecimento da realidade (premissas epistêmicas) e os valores que toma como relevantes (premissas axiológicas). (...) No entanto, nem todas as ideologias dinâmicas utilizam o constructo de um legislador presente: algumas empregam, por exemplo, a noção do 'propósito da lei' como uma propriedade inerente às regras jurídicas, descoberta durante o processo de interpretação (Ibidem, 379).

A proposta de uma terceira espécie de ideologia é o constructo do legislador racional. Este não determina qualquer espécie de preferência entre valores estáticos ou dinâmicos. Diferentemente ele "ênfatiza a noção da justificação e requer apenas que os valores adotados sejam explicitamente declarados como parte da justificação para a escolha de uma interpretação" (Ibidem, 379). Como ênfatizado no início da presente seção, o constructo do legislador racional não comporta nenhuma 'ética' substantiva, exceto a axiologia (ou ética) da justificação embutida na comunicação. Essa axiologia traz em si um conjunto mínimo de

valores, necessários para qualquer ideologia interpretativa e incapaz, portanto, de constituir de *per se* uma ideologia totalmente desenvolvida. Pode-se afirmar, portanto que o legislador racional é um pressuposto em qualquer ideologia da interpretação jurídica.

Superado o aspecto da ideologia contida na interpretação jurídica e o constructo do legislador racional como possível de utilização para qualquer delas, ainda resta a pesquisa pela racionalidade da interpretação.

10.8 O LEGISLADOR RACIONAL E A RACIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO.

O constructo 'legislador racional' é pressuposto em qualquer ideologia da interpretação jurídica, conforme restou consignado na seção anterior. Como regra, porém, suas características ficam implícitas nos argumentos positivos e/ou negativos que justificam as decisões interpretativas. A consequência disso é o impedimento da sua identificação e da determinação do papel exato que ele desempenha em tais decisões. O resultado é que "não se tem uma base clara para a crítica e a discussão de certas decisões e do processo da interpretação jurídica em geral. Não é possível distinguir, especialmente, quais justificativas se baseiam em suposições 'mínimas' de racionalidade", nem tão pouco determinar quais dependem de opções axiológicas substantivas. Para evitar-se algumas dessas deficiências, é necessário explicitar as suposições que definem o legislador racional e o intérprete da lei, podem ser evitadas (Dascal, 2006, p. 380).

O legislador racional tem o dever de garantir que as regras jurídicas sejam interpretáveis, qual seja o dever de se fazer entender. E tais decisões interpretativas devem ser racionalmente justificadas. Supõe, assim, racionalidade e embute-a na caracterização do legislador racional e do interprete racional da lei. Dascal explicita o tema do seguinte modo:

A lista dessas suposições representa o requisito mínimo para garantir a justificabilidade - portanto, a racionalidade - do processo de interpretação jurídica. Elas não determinam quaisquer opções teóricas e/ou ideológicas além das requeridas pelo conceito pragmático da racionalidade tal como aplicado ao discurso jurídico (Ibidem, p. 380).

Mesmo formando um conjunto mínimo, tais suposições não necessitam ser concebidas como sendo cada uma delas necessárias e todas juntas suficientes para estabelecer-se a racionalidade da interpretação jurídica. E por uma única razão:

Algumas admitem graus de satisfação (mais ou menos veracidade, caridade, racionalização) e não há um ponto de desligamento bem definido no qual não se possa mais falar em racionalidade. Claramente, se nenhuma delas é aplicada ou se todas são aplicadas apenas em um grau baixo, a interpretação não seguiu as suposições de racionalidade. E se todas forem aplicadas em um grau alto, supõe-se uma racionalidade quase perfeita. No meio desses dois extremos está a maioria dos casos reais, em que os diferentes princípios são aplicados em graus diferentes, de acordo com as circunstâncias (Idem, *ibidem*, p. 380).

Contrariamente ao que é geralmente aceito, algumas das suposições de racionalidade podem ser ignoradas com segurança, sem prejudicar a racionalidade da interpretação jurídica e do discurso jurídico em geral.

Um exemplo é a suposição de consistência (das premissas epistêmicas e axiológicas, do raciocínio jurídico, do sistema jurídico). De fato, na teoria jurídica existem algumas reservas em relação à suposta consistência dos sistemas jurídicos. (1) Um sistema legal é considerado consistente (e coerente) apenas até um certo grau, porque passível não só de contradições espúrias eliminadas pelo intérprete, mas também porque pode conter contradições reais. (2) Os teóricos jurídicos às vezes empregam a concepção de um 'sistema jurídico baseado em princípios' - uma noção idealizada definida em termos de 'princípios legais': eles diferem das regras jurídicas e normalmente são inconsistentes entre eles, um fato que pede que sejam devidamente 'pesados' quando aplicados em casos concretos. Hoje em dia é possível formalizar esses desvios da consistência estrita por meio da chamada lógica paraconsistente, na qual as contradições podem ser aceitas em uma teoria sem causar a sua trivialização (Idem, p. 380-381).

A natureza projetiva do uso dos princípios de racionalidade é também fonte de relativização de tais princípios. A concepção de racionalidade do intérprete é que determinará a interpretação. Mesmo nesta circunstância, na esfera regulamentada da interpretação jurídica, "as limitações impostas sobre o 'intérprete racional da lei' obrigam qualquer intérprete a elaborar a sua noção de racionalidade tendo como referência uma certa noção idealizada, que predomina na tradição jurídica" (Idem, p. 381). E complementa, ainda, Dascal, "essa limitação auto-reflexiva permite a eliminação de predisposições estritamente subjetivas e considerações similares. Ela não elimina, é claro, a relatividade histórica e cultural" (Ibidem).

Na interpretação operativa - qual seja na interpretação feita durante a aplicação da lei -, o constructo do legislador racional é de fato usado. "quer dizer, argumentos para a escolha entre os diversos significados possíveis de uma regra jurídica obscura referem-se ao legislador racional" (Idem, p. 375)

Tais argumentos baseiam-se em uma suposição de que o legislador racional escolhe sempre as regras jurídicas mais adequadas à implementação de seus propósito estabelecidos para aquela lei. "Os argumentos podem atuar de modo positivo ou negativo. O primeiro consiste em apoiar uma escolha de significado, pois ela atende aos critérios do legislador

racional; o segundo, em rejeitar um significado proposto, por ele não atender aos critérios do legislador racional" (Idem, *ibidem*, p. 375).

É de ressaltar-se, que o constructo do legislador racional possui uma vantagem sobre seus concorrentes diretos (o histórico e o presente), ainda que se tenha de reconhecer suas limitações e relativizar o seu uso, na interpretação jurídica. Aqui, mais uma vez, é necessário dar a palavra a Dascal:

Se o significado do falante que estamos buscando é o de um indivíduo ou grupo histórico ou presente, a tarefa do intérprete está subordinada ao que quer que seja que acabe por ser a intenção comunicativa real. O uso que o intérprete faz dos princípios da caridade, da racionalização etc. só será tolerado como parte do seu exercício hermenêutico. Se no entanto, a figura reguladora do legislador racional é aquela cuja intenção comunicativa deve ser reconstruída, permite-se ao intérprete que empregue de fato os princípios que definem tal figura *também* de maneira crítica (Ibidem, p. 381).

Explicitados os argumentos que fundamentam e dão racionalidade ao legislador racional, resta uma última abordagem, vez que na interpretação operativa usa-se, por diversas vezes, o argumento da "claritas" para não discutir-se uma regra, ou como ponto final da interpretação. A tarefa que se nos impõe é a de enfrentar o argumento da transparência na interpretação jurídica.

Capítulo XI

A Transparência e dúvida: Pragmática da interpretação no direito.

11.1 INTRODUÇÃO.

A pragmática é a parte da teoria da linguagem que se encarrega – entre outras coisas – de explicar os princípios do uso da linguagem que permitem que os usuários de uma língua possam se compreender mutuamente, isto é, possam interpretar adequadamente, no contexto de uso, elocuições ou textos.

É apresentada esta ressalva por Dascal, para alertar que a pragmática lida não só com os usos comunicativos ou sociais da linguagem, mas também com os usos que são, de certo modo, puramente privados (como por exemplo, no raciocínio, na solução de problemas, nos sonhos etc.) Assim, ela pode ser então subdividida em "sociopragmática" e "psicopragmática" (Ibidem, p. 343).

Repetimos aqui a apresentação feita por Dascal dos três significados para o termo interpretação, baseado em Jerzy Wróblewski¹²⁵ (1983 e 1985).

- a) 'Interpretação' *latíssimo sensu* [interpretação – LS] refere-se a qualquer compreensão de qualquer objeto como um objeto de cultura, por meio da atribuição ao substrato material desse objeto de um significado, um sentido ou um valor. Esse conceito é, filosoficamente, uma das bases para a alegação de que as ciências humanas, que lidam com tais objetos 'significativos', deveriam ser metodologicamente distintas das ciências naturais (ver Rickert, 1911). A hermenêutica textual e filosófica costuma chamar a atenção para esse tipo de compreensão ou interpretação (ver Gadamer, 1976; ver Capítulo 29).
- b) 'interpretação' *latu sensu* [interpretação-L] refere-se a uma atribuição de significado a signo tratado como se pertencesse a uma determinada língua e sendo usado de acordo com as suas regras e as práticas comunicativas aceitas. Compreender um signo linguístico significa, então, L-interpretá-lo. A semântica e, como veremos adiante, a pragmática ocupam-se desse tipo de interpretação.
- c) 'interpretação' *strictu sensu* [interpretação-S] refere-se a uma atribuição de significado a signo linguístico no caso do seu significado ser duvidoso em uma situação comunicativa, isto é, no caso de sua 'compreensão direta' não ser suficiente

¹²⁵ A presente classificação fora apresentada na página 114, mas se faz necessário a repetição para o desenvolvimento do capítulo.

para o propósito comunicativo em vista. Ao contrário da interpretação-L, a interpretação-S se refere, portanto, apenas à compreensão 'problemática', devido a fenômenos como obscuridade, ambiguidades, metáfora, implicitude, indiretividade, alteração de significado etc. A prática legal enfrenta esses problemas com frequência e há, conseqüentemente, uma tendência a ver esse tipo de 'interpretação' como a única relevante para o direito. A pragmática, em seu sentido estrito, também tende a enfatizar exclusivamente a compreensão 'problemática', isto é, os casos em que somente a semântica não é o bastante para determinar o significado de signo linguístico e nos quais, por isso, a informação contextual deve ser tomada em consideração (2006, p. 343, grifo do autor).

Não se pode perder de vista, no entanto, que muitos dos doutrinadores jurídicos tendem de há muito ao abandono puro e simples da impossibilidade de interpretação diante da clareza da norma legal, conforme nos informa Alípio Silveira, em seu *Hermenêutica Jurídica* (s/d, p. 128-132). O ponto a ser discutido no presente capítulo é qual o tratamento a ser dado, sob o ponto de vista pragmático, ao brocardo "*in claris cessatio interpretatio*".

Sendo a pragmática essa parte da teoria da linguagem, seria de perguntar-se como é possível conciliá-la com tal concepção que procura evitar, impossibilitar a interpretação? Mais, pressupõe a existência de uma clareza intrínseca do texto normativo, mais voltada a uma concepção dogmática?

Com esta pequena delimitação sobre a abordagem a ser desenvolvida, tomemos a temática da clareza e da dúvida na interpretação jurídica.

11.2 "CLARITAS" NA DOUTRINA LEGAL DA INTERPRETAÇÃO E NA TRADIÇÃO FILOSÓFICA.

A regra da ausência de interpretação fora incorporada às disposições preliminares do Projeto de Código Napoleão, sendo suprimida parcialmente em França ao votar o Código, mas adotada integralmente na Bélgica, o que representou, ao final, o predomínio da letra da lei. Tais afirmações são apenas para anotar o dado histórico. "Ainda que o juiz estivesse convencido de que outro era o significado realmente querido pelo legislador, deveria prevalecer o sentido literal, muito embora anulasse este os verdadeiros fins da disposição legal, e ainda que fosse ela contra o espírito da lei" (SILVEIRA. s/d. p. 133). Anote-se, ainda, que a máxima surgira como uma reação às sutilezas dos glosadores e visava à certeza do

direito. A regra fora recebida de braços abertos pelo liberalismo revolucionário e se incorporou ao Código francês e em todos que se inspiraram nele. O que gerou tal princípio e o prestígio experimentado posteriormente, está ligado ao receio do arbítrio do juiz e ao respeito quase religioso do texto da lei, erigidos posteriormente em dogma do liberalismo.

A expressão interpretação é utilizada de forma restrita à interpretação-S, no discurso jurídico, tanto na teoria tradicional da interpretação como paradigma da dogmática legal, “construído pela escola histórica alemã e o positivismo legal” (DASCAL. p. 344).

A interpretação-S tem como objeto o texto legal de um ato legal sancionado. O exemplo-padrão é um estatuto sancionado pelo parlamento.

O significado desse texto ou está claro ou não está. Se estiver, então não há necessidade de interpreta-lo, pois é compreendido de maneira direta. Essa compreensão direta não é explicada, apenas alega-se que existe. No entanto, se um texto não estiver claro, então há necessidade de determinar o seu significado definido e a tarefa da interpretação é descobri-lo (Idem, ibidem, p. 344).

Assume-se, desde logo, um modelo interpretativo, diante da clareza ou dúvida do texto normativo, bem como que a interpretação a ser levada a efeito é a elaborada diante do discurso jurídico situacional. Ainda necessitamos definir a clareza e o tratamento metódico a ser desenvolvido diante da identificação da mesma. E mais uma vez afirmamos, mesmo ante da decretação de alguns doutrinadores da completa superação até mesmo da discussão sobre o tema num mundo inarredavelmente moderno, o qual não comporta a discussão de determinadas questões, ainda que subjacentes a outras discussões aceitas em outros debates, sob outras roupagens. Mas, ainda assim, apresentemos o desenvolvimento de nossa posição.

O significado do texto legal é apresentado muitas vezes como a “vontade ou o conteúdo da vontade [*voluntas legis*] do legislador histórico”¹²⁶ (Idem, p. 344, grifo do autor).

Interessante é a observação feita por Dascal em nota de rodapé, na qual nos informa que:

Dennis Kurzon nos lembra que o termo ‘legislador’ refere-se, no sistema continental, ao parlamento, ao passo que no sistema anglo-americano ele também pode incluir o tribunal. Nesse caso, o juiz, interpretando leis e precedentes, pode estar formulando as leis. No entanto, ao fazê-lo, o juiz estará estabelecendo um novo texto jurídico cujo significado terá de ser determinado em subseqüentes decisões da corte de justiça (Idem, ibidem, p. 344).

¹²⁶ Sobre tal questão remetemos o leitor ao capítulo VII, onde o tema foi detidamente debatido e exposto o posicionamento sobre o assunto.

Aqui não podemos perder vista, conforme tratado anteriormente, para o fato de o legislador não ser somente um suposto agente histórico, e sim um constructo normativo, pois é dotado das características de um ‘agente racional’. Significa, portanto, que a interpretação deve seguir um ‘princípio de caridade’¹²⁷, isto é, deve atribuir ao texto o significado que maximize a sua racionalidade.

Por exemplo, uma interpretação na qual é possível mostrar um conflito com outros objetivos e valores bem estabelecidos do legislador deve ser rejeitada sob a alegação de que, se aceita, equivalerá a atribuir ao legislador uma inconsistência, isto é, uma forma de irracionalidade (Idem, p. 344-345).

Não se pode perder de vista a distinção de duas situações distintas: na que há compreensão direta, ocasião em que se supõe que o texto está claro, daquela dos textos duvidosos, qual seja, que requerem uma interpretação-S, baseia-se nas características do próprio texto legal. Dito de outra forma, a clareza é qualidade objetiva do texto, cujo conhecimento é pré-condição para se decidir se é necessário ou não a utilização de uma interpretação-S. São máximas históricas dessa doutrina: "clara non sunt interpretanda"¹²⁸ e "interpretatio cessat in claris"¹²⁹ (Idem, p. 345)¹³⁰.

Dascal, em nota de rodapé chama a atenção para o seguinte:

A noção de ‘clareza’ desempenha um papel também na teoria da elegância no direito ["elegantia juris"], que não é totalmente retórica, como sugere o seu nome, e envolve aspectos lógicos. Ver Stein (1961), citado em Giuliani (1985, p. 9). Estamos deixando de lado os casos nos quais certas formas de ‘falta de clareza’ (como imprecisão ou ambiguidade) são propositalmente usadas em um texto jurídico. Nesses casos, a legislatura permite, deliberadamente, que a corte interprete o texto de acordo com as circunstâncias. O que pode corresponder ou à falta de clareza genuína (a legislatura ou não sabe, ou não quer tornar o texto explícito) ou então à suposição de que as circunstâncias fornecerão facilmente os elementos interpretativos que ‘estão faltando’. Pragmaticamente, esse último caso corresponde ao estágio da determinação do ‘significado da elocução’ por meio da informação contextual e contextual cuja natureza é indicada pelo próprio texto (ver a seguir) e, portanto, não envolve nenhuma falta de clareza real ou problema de interpretação (Idem, ibidem).

¹²⁷ O princípio de caridade funciona como um princípio transcendental da interpretação. Ao interpretar, o intérprete não pode supor grandes desvios de seus próprios padrões de racionalidade sem destruir os fundamentos da inteligibilidade sobre os quais repousa toda interpretação. Caso contrário, teríamos que considerar a linguagem do outro como uma linguagem completamente incompreensível, uma linguagem privada, ou que seu comportamento não é de forma alguma lingüístico. - Davidson

¹²⁸ O que é claro não deve ser interpretado.

¹²⁹ A interpretação cessa naquilo que é claro.

¹³⁰ Esse não é, no entanto, o limite interpretativo, como a salientada por Umberto ECO, ao distinguir duas espécies de leitores, diz ele: “A interpretação semântica ou semiótica é o resultado do processo pelo qual o destinatário, diante da manifestação linear do texto, preenche-a de significado. A interpretação crítica ou semiótica é, ao contrário, aquela por meio da qual procuramos explicar por quais razões estruturais pode o texto produzir aquelas (ou outras, alternativas) interpretações semânticas”. E continua: “Um texto pode ser interpretado tanto semântica como criticamente, mas apenas alguns textos (em geral os de função estética) preveem ambos os tipos de interpretação” (2004, p. 12).

Essa doutrina, da não interpretação diante de um texto claro, está ligada ao princípio epistemológico cartesiano das ideias claras e distintas. Na Europa e Grã-Bretanha inspiração em métodos bem sucedidos da geometria, física e astronomia um sistema que parecesse a todos incontestáveis. Nesse processo vemos afastar “as areias da opinião e reconstruir sobre a rocha das intuições infalíveis um novo sistema do mundo, coroado por uma moral e uma religião racionais” (PERELMAN, 1997, p. 210). Essa era a ambição de Descartes, o qual instaura o critério da evidência tendo por consequência a eliminação da argumentação como técnica de raciocínio filosófico (SILVA, 2005, p. 18-19). É de se destacar a afirmação de Dascal:

Para Descartes, essas ideias são tão importantes que funcionam como um ponto arquimediano absoluto para todo conhecimento porque, uma vez intuídas, tem-se acesso imediato à sua verdade e não há necessidade para mais explicação. Os empiristas (como Locke), embora negando o caráter inato que Descartes atribui a ao menos algumas dessas ideias, também admitiram a existência de ideias inquestionavelmente claras e certas, isto é, aquelas que tem origem diretamente nas impressões sensoriais. Tanto para os racionalistas quanto para os empiristas, o significado das expressões linguísticas apropriadamente usadas pode ser rastreado até essas ideias claras, e as expressões linguísticas que se referem diretamente a elas são compreendidas de imediato, não requerendo nem definição nem ‘interpretação’ (Idem, *ibidem*).

O mesmo autor cita a Lógica de Port Royal, buscando apresentar as ideias que davam supedâneo a tal pensamento, qual seja da desnecessidade de interpretar, quando forem claras as prescrições em geral. Transcrevemos o trecho mencionado por Dascal:

Quando a ideia que os homens têm de algo é distinta, e todos aqueles que compreendem a língua forma a mesma ideia ao escutar uma palavra proferida, seria inútil defini-la, já que o objetivo da definição – que é garantir que a ideia a ela ligada seja clara e distinta – já foi alcançado. Isso é o que acontece com as coisas muito simples das quais todos os homens têm, naturalmente, a mesma ideia, de modo que as palavras pelas quais elas são representadas são compreendidas de maneira idêntica por todos que a usam...Assim são palavras como ser, pensamento, extensão, igualdade, duração, ou tempo, entre outras (Arnauld e Nicole, 1683, p. 125) (Ibidem, p. 345-346).

Mas, se a definição de interpretação encontra-se bem delineada, a de clareza, apesar da busca na fonte do mundialmente conhecido professor Dascal, entendemos que merece mais algumas poucas palavras, em especial a doutrina jurídica tradicional.

Silveira chama a atenção para o fato de que ao admitirmos o conceito de clareza como ausência de dúvidas poder-se-ia aceitar, tranquilamente as consequências advindas de tal regra (Ibidem, p. 133). E acrescenta:

Mas há a questão da *imediaticidade*. Uma lei pode não ter significado imediatamente perceptível, mas só fixável depois de operação hermenêutica mais ou menos árdua, exigindo *esclarecimento*, para que o significado se *torne claro*. Uma vez esclarecido

esse significado, é lógico que cessa a interpretação (Idem, ibidem, p. 133, grifo do autor).

Essas considerações iniciais são suficientes para analisarmos a posição da doutrina tradicional e entabularmos a crítica de tais posicionamentos, preparando para uma análise, propriamente, pragmática da questão.

11.3 CRÍTICA DA DOUTRINA TRADICIONAL.

A doutrina jurídica tem recebido críticas por diversas teorias contemporâneas da interpretação legal. Nesse passo não retomaremos as discussões a respeito das teorias subjetivas e objetivas da interpretação, remetendo à leitura no capítulo VII, trazendo as críticas mais recentes. Essas críticas podem ser estabelecidas em três ordens distintas.

Primeiramente, é de reconhecer-se que alguns doutrinadores afirmam que todo texto legal é interpretado. Nesta linha de pensamento, podemos incluir Karl Larenz, citado por Silveira, que se posiciona da seguinte maneira:

Objeto da interpretação é o texto legal. Por interpretação dum texto entendemos a exposição, o esclarecimento, do sentido nele encerrado. Daí não se segue que só um texto particularmente obscuro, difícil de entender ou impreciso, careça de interpretação. Pelo contrário, a necessidade de interpretação de *todos* (o grifo é de Larenz) os textos logo deriva, como vimos antes, de a maioria das representações gerais e dos conceitos da linguagem corrente terem 'contornos imprecisos'. Acresce que o uso linguístico muitas vezes oscila e que o significado duma palavra pode variar segundo a posição na frase, a acentuação ou o contexto do 'discurso'. Mesmo onde o legislador definiu para seu uso um conceito, o delimitou portanto em pormenor, eis que a definição quase sempre contém de novo elementos que precisam duma determinação mais pormenorizada. Quando o Código Civil alemão faz saber, por exemplo, que a expressão 'imediatamente' significa o mesmo que 'sem demora culposa', é agora precisa a interpretação para saber quando é 'culposa' a demora. Uma exatidão completa da delimitação só se pode alcançar quando, como é o caso de marcações de prazos, se pode trabalhar com números exatos ou quando se trata dum conceito individual ('a República Federal Alemã', 'o Estado Federado da Baixa Saxônia') (s/d, p. 132).

Na mesma linha de pensamento, Tarello afirma a necessidade de interpretação do texto normativo. Assim em passagem de sua clássica "L'interpretazione della legge", assim se expressa:

Hoje, portanto, "in claris non fit interpretatio" é uma expressão metodológica extinta: não é mais tão importante como a expressão do fato de que não haveria o

que interpretar, pois a atividade de interpretação (no sentido mais amplo) se impõe a todo discurso legislativo, seja qual for a clareza da sua formulação (1980, p. 34, tradução livre)¹³¹

Para Dascal essa regra de interpretação do texto em todas as hipóteses não pode ser uma generalização empírica, já que em ao menos alguma prática legal o texto não é interpretado e sim tomado como claro. Aponta a possibilidade de tomar-se a presente posição como uma interpretação-L, como uma convenção linguística, tornando a afirmação analítica. E alerta:

Mas essa afirmação, de fato, é baseada em um argumento persuasivo que enfatiza a dependência do contexto inerente ao significado de qualquer texto, de modo que a sua pretensa clareza não é uma propriedade do texto em si, mas do par [texto, contexto de interpretação (ou de aplicação)] (2006. p. 349).

Em segundo lugar, o reconhecimento da clareza de um texto ou de uma dúvida que exige uma interpretação-S, não é “baseado na descrição do texto, mas depende das avaliações de quem toma as decisões. Qual seja, é possível demonstrar através de pesquisas empíricas que em um determinado tribunal o que está claro e o que necessita de interpretação em um texto legal, não está inerente apenas a este mesmo texto (Idem, ibidem, p. 349).

Existem várias fontes de dúvida e, na prática, a decisão de que um texto não é claro se baseia na avaliação da aceitação dos resultados de seu uso quando lhe é atribuído seu suposto ‘significado direto’. A dependência do contexto típica, na leitura do texto em questão, é o papel desempenhado pelas suposições, valores e objetivos do intérprete, entre outros – fator esse fortemente enfatizado pela hermenêutica filosófica (Idem, ibidem, p. 349).

Um exemplo que ainda não foi decidido e que aguarda decisão urgente pelo Supremo Tribunal Federal é do significado da expressão lei, contida no Estatuto do Desarmamento. No seu artigo 6º afirma que “é proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria”, para em seguida listar as atividades e integrantes de determinadas carreiras que podem portar arma. Com a leitura da exceção para os casos previstos em legislação própria, a Câmara Legislativa do Distrito Federal aprovou lei possibilitando aos agentes de trânsito do Departamento de Trânsito, bem como os Procuradores do Estado e Defensores Público pudessem portar arma. E tal baseou-se no fato de que a Câmara Legislativa teria Competência para tratar do tema, vez que dentro de sua

¹³¹ Oggi, perciò, ‘in claris non fit interpretatio’ è l’espressione di una direttiva metodologica: e non va inteso come l’espressione di un diniego di fatto, che delle attività di interpretazione (in senso lato) sono necessarie all’uso del discorso legislativo, quale che sia la chiarezza del suo dettato. Saliente-se que no desenvolvimento desta investigação abordaremos a regra da “claritas” e propugnaremos um tratamento diverso de tal regra numa abordagem de cunho explicitamente pragmático.

competência constitucional¹³². Numa primeira decisão, não tratando especificamente do caso que se está expondo, o Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Ricardo Lewandowski, enfrentou parcialmente a questão. Transcrevemos o trecho do voto que toca a questão:

Sustenta-se, no que concerne aos arts. 5º, §§ 1º e 3º, 10 e 29, que houve invasão da competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública e também ofensa ao princípio federativo, "principalmente em relação à emissão de autorização de porte de arma de fogo".

Contrapondo-se ao argumento, a douta Procuradoria Geral da República defendeu a aplicação à espécie do princípio da predominância do interesse, ponderando que a "União não está invadindo o âmbito de normatividade de índole local, pois a matéria está além do interesse circunscrito de apenas uma unidade federada".

Considero correto o entendimento do Ministério Público, que se harmoniza com a lição de José Afonso da Silva, para quem a Carta Magna vigente abandonou o conceito de "interesse local", tradicionalmente abrigado nas constituições brasileiras, de difícil caracterização, substituindo-o pelo princípio da "predominância do interesse", segundo o qual, na repartição de competências, "à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios conhecerem os assuntos de interesse local".

De fato, a competência atribuída aos Estados em matéria de segurança pública não pode sobrepor-se ao interesse mais amplo da União no tocante à formulação de uma política criminal de âmbito nacional, cujo pilar central constitui exatamente o estabelecimento de regras uniformes, em todo o País, para a fabricação, comercialização, circulação e utilização de armas de fogo, competência que ademais, lhe é assegurada pelo art. 21, XXI, da Constituição Federal.

Parece-me evidente a preponderância do interesse da União nessa matéria, quando confrontado o eventual interesse do Estado-membro em regulamentar e expedir autorização para o porte de arma de fogo, pois as normas em questão afetam a segurança das pessoas como um todo, independentemente do ente federado em se encontrem.

Ademais, diante do aumento vertiginoso da criminalidade e da mudança qualitativa operada nas transgressões penais, com destaque para o surgimento do fenômeno do crime organizado e dos ilícitos transnacionais, a garantia da segurança pública passou a constituir uma das atribuições prioritárias do Estado brasileiro, cujo enfoque há de ser necessariamente nacional (ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 02 maio 2007, publicado no DJe 131, em 26 outubro 2007)

Veja-se que no exemplo o texto não é claro, ao contrário gera dúvida, sobre se o ente federado (Estado-membro ou até mesmo o Município) é o competente para a produção da legislação excepcionada no estatuto do desarmamento. Para a hipótese, a solução que ainda se

¹³² Artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal. O Procurador Geral da República ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, que recebeu o número 3996, no Supremo Tribunal Federal não tendo sido julgada até a data de 12 de novembro de 2010.

desenha em busca do entendimento do texto é dependente do contexto e não somente da análise de regras semântica ou de técnica interpretativa específica¹³³.

Em terceiro e último lugar, há uma certa ingenuidade na doutrina tradicional da clareza que "supõe que a linguagem legal e a lei possuam propriedades que elas, de fato, não possuem" (DASCAL, 2006, p. 350).

Pode-se apresentar tais suposições do modo que segue e estas incluem:

a) que há textos legais cujo significado é, por si só, claro ou evidente; b) que os termos legais não definidos pelo legislador têm, em princípio, o mesmo significado – claro ou ambíguo – que têm a linguagem cotidiana; c) que a falta de clareza é o resultado ou da ambiguidade ou da indeterminação do significado usual de um termo ou construção sintática; d) que a clareza da regra é o princípio geral ou, ao menos, o ideal que todos os legisladores devem procurar atingir; e) que o reconhecimento da clareza ou da obscuridade de um texto não requer, por si só, qualquer interpretação (Idem, ibidem).

Para Dascal, embora essas suposições sejam definitórias da doutrina tradicional da clareza, elas não são válidas para *todos* os usos dessa noção, em especial para a pragmática.

Se a clareza é tratada como uma característica pragmática de um texto legal usado em uma situação concreta e não como uma propriedade absoluta do texto em si, podemos concluir que: as suposições (a) e (c) não são necessárias; a suposição (d) torna-se irrelevante no contexto da interpretação, já que tem a ver com a teoria da legislação e não se pode supor que seja cumprida nos textos legais existentes (ver Wróblewski, 1985b); a suposição (b) não pode ser tomada por seu valor de face, pois a indefinição linguística *tem de* ser resolvida no contexto da aplicação da lei (cabe relembrar aqui o requisito de *brevitas* de Leibniz), isto é, “diretrizes para a interpretação legal” normativas (ou ideológicas) devem ser capazes de suplementar as práticas linguísticas comuns de interpretação (Wróblewski, 1972; 1983a; p. 18 e ss. P. 46 e ss.; 1985a, Capítulo 6); finalmente, a suposição (e), que é subentendida pela adoção da noção da interpretação-S, é ela própria relativa ao contexto, adquirindo assim um significado pragmático (Idem, ibidem, p. 350).

A discussão travada até aqui, na qual apresenta conceituações mínimas de interpretação e clareza, passando às críticas mais recentes sobre a regra da "claritas" privilegia os aspectos semântico e sintático, mas também esboça tocar em uma possível análise teórica com destaque ao aspecto pragmático da linguagem. A tarefa que nos apresenta, agora, é enfrentar esta possibilidade.

11.4 INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA.

¹³³ Entenda-se aqui a necessidade de aplicação de interpretação teleológica, em busca da identificação de coerência da legislação, uma questão que pode ser vista como sintática, mas também pragmaticamente.

A doutrina tradicional da clareza e da interpretação, que procedeu-se à crítica acima, tem uma concepção ingênua da compreensão do discurso na qual às vezes negligencia completamente a pragmática (sendo exclusivamente semântica) outras lhe concede papel bem restrito.

As versões contemporâneas da doutrina da clareza e da interpretação, incluem, entre outras variações, a noção de lógica positivista de uma ‘linguagem da ciência’, sendo essa linguagem, conforme aponta Dascal:

(...) inteiramente explícita, desprovida de ambiguidade e precisa, na qual todas as afirmações significativas sobre o mundo poderiam, em princípio, ser formuladas e univocamente compreendidas, assim como a crença de Popper de que os textos possuem conteúdos objetivos que pertencem a um “terceiro mundo” platônico, no qual não surgem problemas psicológicos de interpretação. O núcleo comum desse ponto de vista é a suposição de que a dependência do contexto das sentenças é uma característica accidental que afeta apenas algumas sentenças – aquelas que Quine chama de ‘sentenças ocasionais’. Em princípio, crê-se que tais sentenças podem ser transformadas em ‘sentenças eternas’ (isto é, sentenças que possuem apenas um “significado” e, conseqüentemente, um valor de verdade fixo), substituindo as suas expressões ‘indexicais’ ou ‘dêiticas’ (aqui, hoje, eu etc) por descrições definidas ou nomes próprios, removendo assim qualquer indefinição ou incompletude do significado (2006, p. 351).

Inicialmente, a pragmática foi elaborada de maneira restrita como parte da “teoria do significado que completaria a semântica, levando em consideração as informações contextuais relevantes que a permitiriam ‘completar’ ou especificar’ os significados da sentença incompletos” (Idem, ibidem, p. 351). Acrescenta o autor ainda:

vamos chamar o significado desse modo ‘completado’ de ‘significado da elocução’. a) não são apenas os dêiticos os responsáveis por um significado da sentença incompleta, como no exemplo João é alto, cuja interpretação sugere um padrão ou uma média a ser extraída do contexto; b) mesmo os significados da elocução completos podem não corresponder ao que está sendo de fato transmitido por uma elocução em uma determinada situação comunicativa. Como exemplo as chamadas implicaturas conversacionais: ex. “*eu tenho muito trabalho para fazer hoje*” significando, em um determinado contexto, “*acabou a entrevista*” (Ibidem, p. 351)¹³⁴.

A dificuldade aqui se encontra em exemplos como o exposto na hipótese (b), no qual é obrigatório a determinação da correspondência do significado do falante para cada uma das elocuções. E para esta determinação faz-se necessário recorrer ao contexto. Observe-se que no exemplo apresentado não uma lacuna a ser preenchida pelo contexto. O início da busca por um significado do falante é resultado de um desencontro entre o significado e algum fator

¹³⁴ Cf. Capítulo I.

contextual. No exemplo apresentado tal desencontro pode estar na surpresa ou irrelevância do comentário de ter "muito trabalho a fazer hoje". "A pragmática voltou a sua atenção para os mecanismos da 'indiretividade', isto é, os casos nos quais os significados do falante diferem dos significados ostensivos da elocução mas podem, não obstante, ser transmitidos e compreendidos (Idem, p. 352).

A perplexidade que nos apanha, é de saber se a interpretação pragmática deve somente limitar-se à busca deste significado indireto. Para a resposta de tal questão é necessário recorrer uma vez mais a Dascal, o qual responde negativamente, pois a verificação de adequação contextual, corresponde a perguntar-se se há ou não razões para aceitar o significado da elocução apresentada inicialmente:

Se a resposta for negativa, pode-se dizer que a elocução é 'transparente'. Se for positiva, deve-se acionar uma heurística para gerar e verificar interpretações alternativas, até que seja alcançada uma resposta negativa para uma determinada hipótese interpretativa, que é então tomada como sendo o significado do falante dessa elocução naquele contexto específico. Ainda que em princípio falível, já que é heurístico e não algorítmico, abduutivo e não dedutivo (ou indutivo), esse processo de interpretação é, em geral, bastante confiável e convergente (Idem, ibidem).

Ressalte-se, portanto, a busca da transparência da elocução, reformulando, portanto, a noção de clareza tradicional. A interpretação pragmática é necessária, mesmo para a hipótese de transparência, correspondendo à noção de interpretação-L.

Nesse quadro conceitual, as noções de clareza e interpretação-S podem ser reformuladas da seguinte maneira: clareza significa 'transparência', isto é, endosso do significado da elocução 'computado' ou, se preferir, uma interpretação-L direta, enquanto que a interpretação-S versa sobre a falta de transparência (uma resposta afirmativa à pergunta de verificação) que conduz a uma busca pelo significado 'indireto' de uma elocução ou texto (Idem, p. 352).

Essa noção de "significado do falante", como ideia central para a pragmática da conversação sugere certa dificuldade quando aplicada ao texto escrito do Direito. Isto porque o objetivo de interpretar um texto legal não é primeiramente o "de determinar o que a pessoa que produziu o texto pretendia transmitir" (Idem, p. 353). O que os autores da Constituição americana "quiseram dizer com 'proteção igualitária' (*equal protectio*) é no máximo de interesse histórico, enquanto o que realmente importa é como os tribunais de hoje interpretam esses termos" (Idem, ibidem, p. 353).

Acontece que, no entanto, os tribunais estão interessados em uma leitura 'objetiva' do texto legal, que não é necessariamente idêntica ao seu significado literal, nem pode ser obtida por meio de um mero 'preencher as lacunas' a fim de determinar o significado da elocução. É esse significado 'objetivo' único (em um dado contexto) do texto que corresponde ao papel desempenhado pela noção de "significado do falante" na pragmática da conversação. Assim, na explicação pragmática da

interpretação de determinados tipos de texto, o “significado dos autores” não precisa ter uma posição central e pode ser visto apenas como um dos fatores contextuais do processo interpretativo. As mudanças requeridas por essa modificação, no entanto, podem ser acomodadas – tal como indicado acima – no quadro conceitual pragmático geral aqui esboçado (Idem, ibidem, p. 353).

A relevância, portanto, da interpretação pragmática do direito encontra-se implicada diretamente com as decisões dos tribunais e suas respectivas leituras do texto, restou inquestionável. Mas, a prática decisória segue a dinâmica da interpretação-S para a solução dos conflitos? E a clareza, seria obstáculo a esta interpretação-S? A resposta a essas duas questões podem ser essenciais à formulação de uma teoria da interpretação pragmática jurídica.

11.5 "INTERPRETATIO CESSAT IN CLARIS": UMA TEORIA PRAGMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO LEGAL.

Na prática jurídica um processo de interpretação-S deverá ser iniciado sempre que o texto não estiver claro. De ver-se, no entanto, que (a) nem todo texto legal é S-interpretado e (b) muitas vezes a clareza é usada para a compreensão direta do texto e contra a S- interpretação (Dascal, 2006, p. 353).

Da afirmação destacam-se, inicialmente, dois tipos de situação:

A primeira, uma situação de isomorfia na qual “o texto casa com caso em questão perfeitamente, de modo direto, sem problemas” (Idem, Ibidem, p. 353). Em termos pragmáticos, ocorre aí uma interpretação-L transparente, qual seja, sem necessidade de buscar-se por qualquer outro significado, que não o significado semanticamente computado. O significado do signo é encontrado de acordo com as regras e práticas comunicativas aceitas.

Em segundo lugar, ocorre uma situação de interpretação-S, na qual “existem dúvidas relevantes e razoáveis sobre a aplicabilidade do texto ao caso em questão, expressa pela afirmação de que *lex non clara est* (a lei não está clara)” (Idem, p. 353). Aqui ocorre a necessidade de buscar-se o significado do texto, pois sua compreensão direta não é possível em virtude uma situação de dúvida. A leitura transparente do texto não é adequado, abrindo possibilidade para a busca por um significado indireto ou dentre as alternativas possíveis.

O processo da interpretação-S não é conduzido ao infinito, ele pára em algum momento em virtude do princípio da brevidade. Em alguma etapa é produzida uma interpretação que não seja contextualmente inadequada.

Esse é o sentido da máxima *interpretatio cessat in claris*. Ela pode ser vista tanto como descrevendo o processo de interpretação-S quanto como uma diretriz de segunda ordem para a prática da interpretação-S, que demanda que o processo pare se uma clareza (razoável) é alcançada (Wróblewski, 1983^a, p. 44 e ss; 1985^a, p. 36, p. 52 e ss.) (Idem, ibidem, p. 354, grifo do autor).

Um exemplo interessante é o julgamento efetuado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, no processo de controle administrativo número 0.00.000.001767/2010-36, tendo como relatora a Conselheira Claudia Chagas. No referido procedimento questionava-se as regras utilizadas pelo Ministério Público do Trabalho para a promoção de membros do cargo de Procurador regional do trabalho para o cargo de Subprocurador-Geral do Trabalho, nas hipóteses de merecimento. A discussão estabelecida era se deveria haver a recomposição da lista com a quinta parte dos mais antigos para promoção a cada vaga surgida, seguindo orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, para a hipótese de juízes ou aplicar-se-ia a regra do art. 200, § 1º, da Lei Complementar 75/93. E o Conselho Nacional do Ministério Público, adotando o voto da Conselheira Claudia Chagas deixou a seguinte ementa:

EMENTA: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. PROCESSOS DE PROMOÇÃO AO CARGO DE SUBPROCURADORGERAL DO TRABALHO. LISTA DE ANTIGUIDADE. RECOMPOSIÇÃO DO QUINTO. ART. 200, § 1º, DA LC 75/1993. IMPROCEDÊNCIA.

1. A primeira quinta parte da lista de antiguidade deve ser composta a partir da lista de membros ocupantes dos cargos de Procurador Regional do Trabalho, atualizada no dia da promoção, pois é essa a lista que corresponde à realidade da instituição. É necessário, portanto, que antes do início da análise dos processos de promoção se exclua não só os membros que recusaram a promoção, mas também o número de cargos vagos, correspondente àqueles que não mais integram o Ministério Público do Trabalho, seja por motivo de aposentadoria ou qualquer outra razão. Precedente do STF (MS 21.631, DJ 4/8/2000; Relator para acórdão Ministro Ilmar Galvão).

2. No caso em tela, embora não tenha o CSMPT adotado tal critério, não houve qualquer prejuízo. O exame da documentação trazida aos autos demonstra que todas as listas para promoção por merecimento foram integradas apenas por candidatos que figuravam até o número 22 da lista, ou seja, dentro da fração formada pelo número de cargos ocupados.

3. No que diz com a recomposição dos quintos, ressalte-se que há, no âmbito do MPU, regra legal expressa sobre tal recomposição em caso de recusa à promoção, pois o § 1º do art. 200 da LC 75/93, logo após repetir o texto constitucional, determina que "em caso de recusa, completar-se-á a fração incluindo-se outros integrantes da categoria, na sequência da ordem de antiguidade". Incabível, portanto, a utilização da jurisprudência relativa à magistratura, a qual estabeleceu um caminho a ser seguido diante do silêncio da Constituição Federal e da lei.

4.O legislador utilizou-se do termo "fração", deixando claro que o que deve ser complementado é o quinto como um todo e não apenas cada lista para promoção por

merecimento. Assim, a melhor interpretação é a de que, antes de iniciar as promoções, o Conselho Superior deve atualizar a lista de antiguidade, excluindo os cargos vagos, apurar quem se insere no quinto mais antigo, dele retirar os nomes daqueles que recusaram a promoção e, em seguida, recompor o quinto com o nome dos membros mais antigos que se situavam na segunda quinta parte. Só após, então, poderá iniciar a formação da lista de merecimento.

5. É de se lembrar que as normas regulamentadoras da promoção por merecimento devem ser interpretadas de modo a assegurar a mais ampla concorrência, privilegiando-se aqueles que se destacam pela qualidade de seu trabalho e dedicação à missão institucional. De acordo com a Constituição Federal, a aferição do merecimento se dá conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício de suas funções e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento (art. 93, II, "c").

6. A recomposição do quinto, como determina o parágrafo primeiro do art. 200 da LC 75/93 atende à vontade da Constituição, impedindo que a antiguidade tenha um valor exagerado na promoção por merecimento. Evita que os membros mais antigos acabem obrigatoriamente sendo promovidos, tanto pelo critério da antiguidade como do merecimento, sem que se apure a sua atuação profissional, de acordo com requisitos objetivos referidos no texto constitucional.

7. O critério adotado pelo Ministério Público do Trabalho, ora impugnado, também garante ao Conselho Superior o exercício de sua prerrogativa de escolha, evitando que se torne compulsória a promoção por merecimento de um membro, em virtude exclusivamente de sua antiguidade.

8. Por fim, verifica-se que houve motivação do mérito dos indicados, embora no futuro tal análise deva ser aperfeiçoada.

9. Improcedência do presente Processo de Controle Administrativo, recomendando ao Ministério Público do Trabalho que, nas futuras promoções, seja a lista de antiguidade atualizada imediatamente antes de se apurar o seu primeiro quinto, levando-se em consideração apenas os cargos ocupados e excluindo-se os cargos vagos e que observe nas próximas promoções por merecimento, de forma mais explícita, em voto escrito, todos os critérios e parâmetros previstos na sua Resolução CSMPT n.º 90/2009 e na Resolução n.º 23/2005 deste CNMP.

Note-se que uma encontrada a solução o processo interpretativo é interrompido, em homenagem ao princípio da brevidade sem que se aprofunde em buscar outros significados possíveis na referida norma.

A busca por essa clareza, transparência pragmática deve, portanto, encerrar quando alcançada. Do contrário corre-se o risco do regresso ao infinito. Dascal propõe de modo claro a pragmatização da noção de clareza, sem abrir mão da crítica à doutrina tradicional.

A pragmatização da noção de clareza delineada acima permite fazer uso dessa noção e ao mesmo tempo manter a crítica à doutrina tradicional. Para seu desenvolvimento completo, deve ser combinada uma concepção dos atos comunicativos executados no uso dos textos legais formulados em uma linguagem legal imprecisa (Ibidem, p. 354).

Para melhor delimitação e compreensão da proposta é necessário o entendimento de ato comunicativo em dois tipos de situações diversas. Uma situação de aplicação de uma lei e outra na sistematização da lei vigente. A primeira delas é descrita da seguinte maneira:

Na situação da aplicação de uma lei, a pessoa encarregada da decisão usa o texto como uma base normativa para a sua decisão e, se o texto não está claro para o caso em questão, ela faz uma interpretação-S operativa (Ferrajoli, 1966; Wróblewski, 1959, Capítulo 3; 1985^a, Capítulo 4) (Idem, p. 354).

A segunda situação, de sistematização da lei vigente, é descrita por Dascal conforme colacionamos abaixo:

Na situação de sistematização da lei vigente (Aarnio, 1977, Capítulo 3.4; 1979, Capítulo 4.2; 1983, Capítulo 8), que é a tarefa principal da dogmática legal (concebida aqui como *pars pro toto* de uma ciência jurídica), podem surgir dúvidas em relação ao significado dos textos legais sistematizados e então teremos de considerar uma interpretação-S doutrinária. Alguns autores afirmam que a interpretação-LS está envolvida na interpretação doutrinária, ao passo que a interpretação-S está envolvida na interpretação operativa (Plecszka e Gizbert-Studnicki, 1984). Mas não há necessidade de postular processos ou tipos de interpretação diferentes para os dois casos. A diferença pode ser explicada pelo fato de que as dúvidas que dão origem ao processo de interpretação surgem de 'desencontros' entre a leitura direta de um texto e os diferentes níveis ou tipos de contexto: em um caso, um *background* culturalmente amplo e determinado; no outro, a situação específica do caso ao qual a lei está sendo aplicada (Ibidem, p. 354-355).

Destaque-se a diferenciação do processo de interpretação-S nas hipóteses operativa e doutrinária. A utilização da interpretação-S operativa deve ser tomada como exemplo padrão para discutir a imprecisão da linguagem legal. "A interpretação-S doutrinária, tal como vista acima, não envolve um processo diferente, mas difere apenas por ter a ver com um tipo de contexto diferente, não de fatos e sim de constructos normativos e as supostas propriedades do sistema legal" (Idem, p. 354).

A linguagem utilizada pelo direito em nada difere da linguagem natural, com todos os conseqüências que daí resulta. As conseqüências são as características da linguagem natural, consistente na imprecisão e dependência do contexto. Para a análise da linguagem legal o contexto pode realçar ou limitar as dúvidas que eventualmente surjam do texto legal, dúvidas porventura surgida da insegurança que se encontra diante do texto normativo. Dascal deixa o seguinte ensinamento sobre este ponto:

Um texto legal é formulado em uma linguagem legal, que é concebida como uma espécie ou registro da linguagem cotidiana natural. Para os objetivos presentes, devemos lembrar duas características da linguagem natural: imprecisão (*fuzziness*) e dependência do contexto. A imprecisão será explicada abaixo no caso específico da semântica referencial lidando com nomes e/ou descrições encontradas na linguagem legal usada na situação da aplicação da lei. Aceitamos a diferenciação tipológica entre as linguagens imprecisas (*fuzzy*), rígidas (*hard*) e flexíveis (*soft*)

segundo as suas propriedades referenciais semânticas e pragmáticas (Wróblewski, 1983b, 1985c). A dependência do contexto, já discutida acima, é uma das características da linguagem legal, que pode ou limitar ou realçar as dúvidas que possam porventura surgir em situações concretas, levando a um processo interpretativo (Ibidem, p. 355, grifo do autor).

E sobre o texto jurídico propriamente dito é relevante colacionar a seguinte passagem, ainda com Dascal:

Os textos legais são formulados em uma linguagem legal imprecisa. Indaguemos se uma porção da realidade, x , pertence ou não a uma classe A determinada por um nome ou uma descrição na língua L . As línguas são divididas em três tipos, dependendo da maneira pela qual a declaração x pertence a A (simbolicamente, $x \varepsilon A$) é afirmada ou negada. Assume-se que o usuário de L possua perfeita competência linguística e conheça todas as características de x relevantes para determinar a relação entre x e A (Idem, ibidem, p. 355).

O primeiro tipo, é a língua rígida, que possui tal característica se para cada x pode-se afirmar-se que "ou x pertence a A ou x não pertence a A ". O segundo tipo é uma língua flexível que é caracterizada desta forma se para cada x , "não se pode dizer que ou x pertence a A ou x não pertence a A ". E por último, há uma língua imprecisa ("fuzzy") que é uma língua na qual existem x para os quais a língua rígida é verdadeira e x para a língua flexível também é verdadeira. A consequência disto é que o usuário de uma língua rígida está sempre em condições de decidir se x pertence ou não a A . Já ao usuário de uma língua flexível apresenta-se três situações distintas: pode decidir que x pertence a A (referência positiva) ou que x não pertence a A (referência negativa) e abre-se ainda uma terceira hipótese na qual ele não pode estar na posição de decidir se x pertence ou não a A . Nesta última situação nenhum aperfeiçoamento, quer seja linguístico ou de conhecimento do mundo poderá alterar este fato (há aqui uma referência de penumbra).

Somente com a finalidade didática, é que transcrevemos o seguinte trecho:

O usuário de uma língua rígida está sempre em posição de decidir se x pertence ou não a A , nas condições ideais descritas acima. Esse é o caso de uma língua artificial na qual todos os nomes têm um significado exato o suficiente para tomar decisões que concernem a descrição de qualquer x possível (dentro do seu escopo). O usuário de língua flexível não pode tomar tais decisões. É como se ele tivesse de criar (uma parte substancial do) significado dos seus termos em cada caso. De acordo com algumas teorias da arte, a "linguagem da arte" é desse tipo em que cada interpretação cria um novo significado (ver Gadamer, 1976).

O usuário de uma língua imprecisa tem de encarar três situações distintas na aplicação da categoria linguística A a um determinado x . Ele pode afirmar que x pertence a A [referência positiva] ou que x não pertence a A [referência negativa] ou ele não pode sequer estar na posição de decidir se x pertence ou não e nenhum aperfeiçoamento da sua competência linguística ou do seu conhecimento do mundo poderia alterar esse fato [referência de penumbra] (Idem, ibidem, p. 356).

Na busca da transparência pragmática é necessária uma análise do que fora afirmado acima. Conforme exaustivamente descrito, a linguagem natural e a legal são imprecisas de acordo com a argumentação desenvolvida. Haverá, portanto casos em que a combinação de conhecimento linguístico e factual que pragmaticamente não haverá espaço para a dúvida se *x* pertence ou não a *A*. Em outras hipóteses, mesmos a junção de conhecimento de fato com o linguístico a questão não pode ser solvida. A primeira hipótese pode ser classificada de decisão transparente, quando "o significado direto de *A* casa com a descrição padrão de *x*" (Idem, p. 356). Diz-se, também, de indireta, quando "um significado alternativo adequado de *A* e/ou uma redescrição de *x* são encontrados por meio de máximas pragmáticas de interpretação" (Idem, ibidem). Destaque-se, ainda, que esta indiretividade não torna a decisão tomada mais duvidosa ou problemática que na hipótese da transparência. Havendo a imprecisão, de outro lado, a "decisão se *x* deve ou não ser incluído em *A* não pode ser alcançada somente com a aplicação das máximas pragmáticas e é, então, um ato genuíno de interpretação criativa sem ser, no entanto, uma estipulação arbitrária" (Idem, p. 357).

É de destacar-se a seguinte lição sobre o processo de surgimento de imprecisão linguística:

O que complica a situação é que a imprecisão pode surgir a qualquer momento, em qualquer lugar. Não é possível decidir *a priori* se um termo é impreciso ou não, pois, ao contrário da situação ideal suposta acima, não é possível prever todas as características da realidade que podem se tornar relevantes para a aplicação de um termo em diversas situações. O termo *homem* na linguagem legal, por exemplo, não é tradicionalmente considerado impreciso (tendo em vista que o caso especial do feto ou nascituro era explicitamente distinguido no corpo das leis). A imprecisão nesse caso, contudo, surgiu com a capacidade tecnológica de manter organismos humanos sem atividade cerebral 'vivos'. Deve esse organismo ser considerado 'homem' ou não? Será que o mero ato de desligar a máquina que o alimenta equivale a tirar a sua 'vida'? Esse não é, claramente, um problema apenas de interpretação (definitivamente não de interpretação-S, embora se pudesse argumentar que seria um bom exemplo de interpretação-LS), mas sim de tomar uma decisão, guiada por considerações éticas e culturais, entre outras. Ao que parece, a imprecisão típica da linguagem legal, enquanto relacionada à interpretação-S, é uma peculiaridade do processo de adjudicação que emprega tal linguagem e obedece a restrições pragmáticas específicas, geralmente não compartilhadas por outros tipos ou usos da linguagem (Idem, 357-358).

Antes de adentrarmos à análise da contextualidade e sua consequência para a formação da imprecisão jurídica, é necessário analisar um caso específico, cristalizado no Recurso Extraordinário 418.376-5 - MS, da relatoria inicial do Ministro Marco Aurélio. A defensoria Pública manejou o mencionado recurso em virtude da condenação, pelo Tribunal de Justiça, de homem que havia mantido relações sexuais, com mulher menor de 14 (catorze) anos de idade, alegando que a união estável fora elevada à condição de entidade familiar pela

Constituição Federal de 1988 e por isso estaria presente uma das causas da extinção de punibilidade. Esta causa de extinção seria o casamento. De outro lado, o órgão encarregado da persecução penal, o Ministério Público, argumentava ser aceita como causa de extinção de punibilidade somente o casamento realizado sob as condições e formalidades exigidas pela lei civil. Portanto, não admitindo a união estável para a finalidade disposta na legislação penal. A redação do artigo de lei que estabelece a extinção da punibilidade dizia o seguinte:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

(...)

VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

O relator do recurso procura contextualizar a norma penal que fora editada sob a égide da Constituição Federal de 1937, afirmando, ainda, que à "época as mulheres eram submetidas a toda sorte de tutelas - da cidadania ao trabalho, cerceavam-lhe oportunidades e direitos". Faz um pequeno esboço histórico para demonstrar as mudanças alcançadas ao longo de mais de seis décadas. Destacamos a discussão que se estabelece sobre a precisão do conceito de casamento, sua proteção estabelecidos no art. 226, § 3º, da Constituição Federal. O artigo tem a seguinte redação:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Para os fins do trabalho e como ilustração sobre a transparência pragmática, é suficiente o que foi apresentado, salientando-se que a decisão do relator fora no sentido de abranger a união estável na interpretação da norma penal, para favorecendo o acusado, reconhecer como causa de extinção de punibilidade¹³⁵. Sob o ponto de vista da interpretação pragmática, houve uma indiretividade na qual um significado alternativo adequado de A e/ou uma redescritção de x são encontrados por meio de máximas pragmáticas de interpretação. A exposição é, desta forma, apenas para demonstrar como a prática jurídica utiliza-se de aspectos da pragmática para realizar interpretações em texto, que inicialmente, não geravam dúvidas, mas que devidamente inserido no contexto, possibilita nova solução.

¹³⁵ Para os fins restritos do trabalho, não se vai adentrar no acerto ou não da decisão do relator, nem tão pouco compará-la com a decisão final do Plenário. Da mesma forma, não cabe no âmbito restrito do presente trabalho procurar pelos princípios constitucionais em conflito, nem tão pouco afirmar-se pela regra de ponderação. A menção tem finalidade estrita à ideia principal desenvolvida na tese.

Referimo-nos à contextualidade, sem que tenhamos oportunidade de desenvolver os modos, ou alguns dos modos, como ela afeta a compreensão dos textos jurídicos. Destacamos que o discurso jurídico é permeado pela imprecisão, mas é necessário destacar que além dela o seu co-texto linguístico possui "diversas características que podem gerar dúvidas, acionando assim o processo interpretativo". Destaca-se, dentre esta, a diferenciação dos atos de fala legais, exemplificativamente, "estatuir, interrogar testemunhas, indiciar, sentenciar, legislar etc." e gêneros como, "leis, estatutos, atos, regras procedimentais, jurisprudências etc.". É certo que exigir-se o reconhecimento adequado de tais aspectos, possibilidade que se forneça o "quadro metalinguístico indispensável para a compreensão correta" (Idem, p. 358) do co-texto do discurso jurídico. Destaque-se os contextos sistêmicos e funcional, conforme destaca Dascal:

Entre fatores contextuais relevantes para a compreensão de um texto legal, gostaríamos de destacar os contextos sistêmicos e funcional. Um texto legal que formula regras legais é sempre compreendido no contexto do sistema legal ao qual essas regras pertencem. Não raro supõe-se que tal sistema possui – ou deveria possuir – as propriedades de estabilidade e coerência e que também deva ser desprovido de redundância. Quando a leitura direta de um texto legal não se coaduna com tais supostas propriedades, pode-se dizer que o contexto sistêmico gera a dúvida que dá início à busca por uma interpretação mais apropriada. Isso está de acordo com o princípio da caridade mencionado antes. Diante de um estatuto que, ao que tudo indica, não é compatível com as outras regras do sistema ou que é obviamente redundante, por exemplo, devemos questionar se o estatuto foi interpretado de maneira correta (Ibidem, p. 358).

A identificação da ausência, portanto das propriedades sistêmicas do contexto é que dará início ao processo interpretativo. Salientando que o texto legal exige um contexto funcional, com fatores linguísticos e extralinguísticos. A questão sobre se o contexto funcional é o do momento da sua criação ou da sua aplicação depende da ideologia ou teoria da interpretação.

Um texto legal no qual as leis são formuladas é criado e atua em um determinado contexto funcional. Esse contexto é um tanto complexo, porque os seus componentes são todos os fatores extralinguísticos e extra-sistêmicos que são tidos como relevantes para a compreensão de um texto legal (Wróblewski, 1959, p. Capítulo 7; 1983a, p. 43 e ss.; 1985a, p. 46 e ss., 50 e ss). Os componentes normalmente reconhecidos são os objetivos de determinados atos normativos e as normas e avaliações extraleais (como, por exemplo, as oriundas da moralidade e de decisões políticas). A questão controversa é se o contexto funcional relevante é o da época da criação da norma ou o da época de sua aplicação. A escolha entre essas duas alternativas depende, é claro, da ideologia ou da teoria da interpretação, ou seja, da escolha de um grupo de valores estático ou dinâmico (Wróblewski, 1959, Capítulo 4; 1983a, p. 18 e ss., 89 e ss., 1985a, Capítulo 6). Podem surgir desencontros entre a leitura do texto e um dos contextos funcionais, levando a dúvidas funcionalmente geradas e à correspondente necessidade de interpretação (Idem, ibidem, p. 358-359).

Com as afirmações feitas até aqui se pode afirmar a necessidade de reconhecimento da fonte de dúvida no processo interpretativo. E a fonte, como se constatou, pode ser sistêmica ou funcional.

O reconhecimento das diferentes fontes de dúvida é indispensável ao processo interpretativo, pois é uma das informações que guiam o processo heurístico de encontrar a hipótese interpretativa que supere o desencontro original (ver Capítulo 2 e 8). Desse modo, uma dúvida oriunda do contexto sistêmico deve ser esclarecida de modo que a nova interpretação não seja, digamos, discrepante ou redundante para aquele sistema (Idem, p. 359).

A exposição engendrada no presente capítulo busca demonstrar a noção de clareza é um conceito pragmático. Não se trata de uma propriedade do texto legal, mas depende do seu uso em uma determinada situação comunicativa. Assim os aspectos relevantes da situação comunicativa incluem os usuários da linguagem, as suas atitudes epistêmicas e axiológicas, bem como as formas específicas de contexto e co-texto já mencionadas.

Usado em situações diferentes, o mesmo texto pode ser às vezes (pragmaticamente) claro e, às vezes, obscuro. Essa noção pragmática de clareza não se baseia nas suposições que definem a noção tradicional de clareza. Mas com a sua ajuda, é possível descrever adequadamente as diferenças entre as situações nas quais a compreensão direta de um texto legal é adequada (situação de isoformia) e aquelas nas quais pode ser uma imprecisão essencial que necessita ser interpretada (Idem, 359).

Dessa forma, o conceito pragmático da clareza é o reverso do conceito pragmático da dúvida (razoável). “Um texto usado em ato comunicativo concreto é claro se não existem dúvidas (razoáveis) em relação ao seu significado” (Idem, p. 360). Aqui chegamos a uma interpretação-L onde a pergunta “existem razões para não compreender o texto nesse sentido?” é respondida com um “Não”.

Quando se chega a esse ponto na primeira vez em que a pergunta é feita, isto é, relativamente ao significado ‘direto’ semanticamente computado, então o texto não é apenas claro, é transparente. Quando se chega a esse ponto mais adiante no processo, o texto originalmente opaco tornou-se claro por meio de uma interpretação indireta adequada (Idem, ibidem).

Portanto, o conceito pragmático de clareza irá permitir uma reinterpretação das máximas tradicionais "interpretatio cessat in claris" e "clara non sunt interpretanda" no quadro conceitual de uma teoria pragmática da interpretação legal que se coadune com a descrição do uso concreto da linguagem legal.

A clareza não é um dado absoluto, nem como ponto de partida nem como ponto final da compreensão de um texto. Consequentemente, a linguagem legal tem de tolerar a existência da dúvida interpretativa, mesmo no que diz respeito à questão prévia de se um texto deve ou não ser interpretado (Idem, ibidem).

Ainda com Marcelo Dascal, é de observar-se que o “fato de a lei ter o dever de ser eficaz na sociedade demanda meios institucionais para a solução de controvérsias legais e tais meios limitam o processo interpretativo” (Ibidem, 360). E esses meios institucionais devem ser capazes, ao menos idealmente, de resolver "ex autoritate" a questão da clareza. Mas as decisões dessas autoridades podem estar sujeitas a futuras dúvidas interpretativas, não resolvendo de uma vez por todas as questões de interpretação inicialmente submetida à autoridade competente. A interpretação concebida como um círculo ou um espiral nunca chega a um fim dito absoluto. Ela "prossegue de maneira suficientemente ordenada e convergente para fornecer uma base que – embora não seja completamente certa – é suficientemente sólida para todos os fins práticos (Idem, p. 360)".

Acreditamos, com isso, termos apresentados os elementos mínimos para compreendermos a possibilidade de solução interpretativa e jurídica para a questão pragmática da clareza e dúvida.

CONCLUSÃO

O objetivo da proposta de trabalho consistiu na análise do discurso e linguagem jurídicos. Partiu-se da pressuposição de que a interpretação do discurso jurídico tomando apenas a faceta tradicional do positivismo jurídico, em seus diversos aspectos, mostra-se insuficiente na exposição metódica para a apreciação do aspecto prático que está necessariamente ligada a ela.

Inicialmente procurou-se formular uma questão central que pudesse direcionar e possibilitar o desenvolvimento da pesquisa. Pelo menos dois problemas básicos direcionaram o desenvolvimento do trabalho: a tópica-retórica é suficiente para fundamentar o discurso normativo? A partir da abordagem do âmbito da pragmática podemos apresentar uma teoria da interpretação Jurídica? Se as respostas provisórias tendiam para uma resposta positiva essa discussão foi detalhadamente analisada e é possível, agora apresentar algumas das conclusões a que se chegou, comprovando ou não as hipóteses inicialmente levantadas.

Desta forma, apresentou-se o desenvolvimento da pragmática nos últimos anos, ressaltando o aspecto de que se trata preocupação antiga fazendo-se um breve percurso histórico. Sobre os aspectos contemporâneos, limitou-se à abordagem realizada na Alemanha, ainda na década de setenta, para revelar a existência, já naquela época de pelo menos três abordagens diferentes. Esta é a razão da dificuldade de apresentar-se uma definição para pragmática. No campo jurídico, e em especial na interpretação, privilegiou-se o aspecto semântico e sintático para determinar-se o sentido do texto normativo. Os fatores pragmáticos ficaram, por anos, relegados a um segundo plano, se é que se pode dizer assim, mas essa afirmação é facilmente compreensível quando analisada pelo prisma da fenomenologia especial da leitura elaborada da obra Peirce. Esta última afirmação está relacionada à grande dificuldade da separação, segundo o próprio Peirce do âmbito da pragmática dos demais, vez que esta é a mais ampla, na sua concepção. No desenvolvimento do trabalho a prática da contextualização e problematização, com a abordagem situacional problemática é que se procura apresentar como possibilidade de exercício interpretativo. Note-se que apesar da abordagem eminentemente zetética que se desenvolve, não há exatamente um abandono

completo da dogmática, propõe-se apenas voltar a atenção para os fatores pragmáticos no exercício da interpretação do discurso jurídico.

Buscou-se relacionar a pragmática, essa preocupação do homem desde há muito tempo, com um marco metódico da interpretação em que se ressalta a abordagem do direito sob suas características tópica-retórica. Para isso a abordagem da pragmática para a análise do discurso jurídico, compreendendo seu desenvolvimento ao longo dos anos, é uma opção que traz consequências que valorizam fortemente discurso jurídico desenvolvido na prática das instâncias de tomada de decisão. Essa natureza praxístico-decisória é uma opção claramente, não como um correto compreender, mas sim na doutrina do justo decidir. Mas essa análise não pode, nem deve afastar-se dos aspectos essenciais estruturados pela linguística.

Destacou-se aproximação das críticas desenvolvidas a partir dos meados do século passado, quando Chaïm Perelman e Theodor Viehweg buscam apresentar alternativas à exclusividade positivista, com o resgate da retórica e a pontuação inicial pela tópica. Há nesse movimento desencadeado pelos autores mencionados, embora guardem distância significativa de ordem metodológica, a abertura necessária para o resgate da filosofia do direito como disciplina primordial ao reconhecimento e desenvolvimento da ciência do direito. No presente trabalho, procuramos ressaltar os aspectos mais importantes de ambos para o fim de fundamentar o ponto de vista sustentado na investigação, com as limitações que se impõe.

Assim, na apresentação de aspectos essenciais da nova retórica, mencionamos a clara oposição de Perelman ao modelo cartesiano adotado pela ciência moderna. E essa oposição pode ser considerada uma denúncia crítica contra as correntes positivistas, estruturais e formalizadoras no direito, as quais buscaram uma absolutização dos conceitos.

Ressaltou-se que a base metodológica de Perelman está na sua oposição ao projeto do formalismo jurídico e a crítica radical ao modelo cartesiano de razão e ao programa matematizante do conhecimento, a partir do modelo lógico desenvolvido por Frege. A consequência de tal concepção tem por consequência a total inviabilidade do pensamento prático. Assim Perelman abraça o pluralismo metodológico e o resgate da filosofia prática possibilitou o adentrar em um território no qual se encontra a prática argumentativa. Ressalte-se que a proposta de Perelman, da utilização da argumentação, não é exclusivista, afastando por completo a demonstração lógica. Apresenta-se como complementar, buscando um modelo de racionalidade que responda aos problemas práticos que o modelo da razão formal e aritmética não foi capaz de responder.

No capítulo II, apresentou-se as noções básicas que corroboram o pensamento de Perelman, calcadas na argumentação, na adesão, a noção de auditório, a finalidade da persuasão e convencimento tudo visando ao acordo.

Já em Viehweg procurou-se não apenas resgatar os aspectos essenciais do que podemos chamar de pensamento tópico, mas de apontar para a fundamentação do cerne do presente trabalho, calcado em noções desenvolvidas pelo professor alemão. Aqui deu-se prioridade aos aspectos da filosofia do direito como investigação de base e sua correlação com a ciência. Incluiu-se o discurso como investigação básica, da mesma forma, para dar início a fundamentação de um conceito de racionalidade ligado ao aspecto da justificação, do dever de prova. Traça também os primeiros passos da identificação da noção de situação jurídica, essencial para o deslinde do discurso prático e a abordagem do aspecto pragmático do discurso jurídico.

Como já tivemos oportunidade de dizer anteriormente, com a proposta de resgate da tópica e da retórica e utilizando-a como modelo, há uma mudança na reflexão da questão estrutural e da racionalidade do direito com a introdução da noção de discutibilidade. Abre-se, assim, outra possibilidade de fundamentação que não a baseada na sistematização dedutiva. A consequência é a possibilidade de mudança do enfoque de investigação, tomando uma teoria da práxis e não uma teoria da ciência, nos moldes cartesianos.

A efetivação da mudança de enfoque de investigação, passa necessariamente pelo exame do discurso e a sua fundamentação racional. Esta se articula na ideia de uma fundamentação antropológica em uma imagem do homem, para o conteúdo das teorias de base e a natureza incompleta de todo o conhecimento. Essa última característica, mostra-se como, e tão somente, aproximativo. Portanto, mesmo quando renunciarmos a uma concepção de conhecimento completo e infalível, não precisamos deixar de procurar parâmetros racionais, objeto de conhecimento e não de crença.

Apontamos que para Viehweg a tarefa de uma filosofia do direito é a de uma investigação básica enquanto análise da estrutura, qual seja, o discurso. Deve desenvolver uma teoria da argumentação de cunho retórico. Uma investigação de base é uma análise da argumentação produzida nos âmbitos da dogmática e da teoria investigativa zetética.

Para a realização desta tarefa, Viehweg nos dá um conjunto de orientações e sugestões, dos quais dois pontos merecem relevo: a noção de situação do discurso e a ideia de

racionalidade. Tais pontos são apresentados juntamente com o pensamento do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Inicialmente procede-se à análise do discurso e situação comunicativa. O alerta inicial é do fato do homem estar inserido num mundo linguisticamente articulado. E para as relações intersubjetivas é exigido que se faça compreender. A articulação dialética que se dá em operar com problemas concretos, apresenta dois planos específicos. O primeiro deles articulado como pergunta e resposta e o segundo como situação comunicativa. Há na segunda um apelo explícito pelo entendimento o qual é realizado através do discurso fundamentante. Com esse desenvolvimento e necessidade de fundamentar a fala, o dever de prova é deslocado como o centro ético e lógico da discussão.

Procura-se identificar os elementos do discurso e suas funções pragmáticas. Procura-se demonstrar que não há uma uniformidade de tratamento de tais leis, mas que visam a colaborar no êxito da comunicação. Apresenta-se, da mesma forma, três princípios básicos da comunicação que são o da cooperação (Grice), o da pertinência e o da sinceridade, os quais possuem a mesma finalidade das leis do discurso, possibilitar a comunicação de forma exitosa. Menciona-se as chamadas leis do discurso, sendo a primeira a obrigatoriedade de transmitir informação, é a chamada lei da informatividade. Outra lei é a de exaustividade, que exige do falante que apresente as informações mais fortes e marcantes do fato sobre o qual se fala. E a última, é a lei da modalidade e através dela condena-se os múltiplos tipos de obscuridade.

Destacou-se os elementos do discurso, relacionando com o orador o dever de provar a sua asserção e a obrigatoriedade do entendimento. O segundo elemento, o ouvinte, é analisado não somente com a noção perelmaniana de um auditório estático, mas com a possibilidade de interação, caracterizando o discurso como dialógico. O último elemento, o objeto, visto como uma ação linguística a ser compreendida e envolve objetivos e fundamentos e a sua justificação, que envolve sua reflexividade.

Apresenta-se a diferenciação duas modalidades de discurso, o monológico e dialógico. As regras da comunicação e os diversos discursos quando transpostos para o âmbito jurídico, recebem tratamento semelhante. Estabelece-se, no entanto, que havendo o conflito jurídico, em situação comunicativa, busca-se uma solução a qual é dada pela decisão. Decisão esta que tem por finalidade terminar com o conflito e não somente solucioná-los.

Procurou-se dar uma definição mínima sobre a interpretação, especialmente a interpretação jurídica na qual está incluída a presente pesquisa. Assim, buscou-se estabelecer a relação entre aprender e ensinar com o compreender e explicar como forma adequada ao deslinde do processo interpretativo. Nesse aspecto, procura-se apontar que na participação de uma conversação interpretar significa captar o significado de algo mais do que simplesmente foi dito.

Questão debatida na pesquisa diz respeito a relação entre a interpretação e intenção legislativa. Apresenta-se inicialmente a discussão entre teorias subjetivistas e objetivistas, como abordagem inicial, vez que é retomada na interpretação pragmática para identificar qual a ideologia está presente em tal discussão. O tema da intenção ganha relevo, não como critério interpretativo básico, mas na compreensão do papel que é desempenhado na formulação do discurso legislativo. Assim, procura-se determinar até que ponto a intenção do formulador de um texto normativo influencia na interpretação deste documento normativo, com uma pequena análise do argumento utilitarista em favor da democracia, calcado na escolha pública por decisão da maioria e a função do bem estar social. Apresenta-se, provisoriamente a adoção de posicionamento no qual a intenção do legislador deve ser afastada no processo interpretativo. Aqui, um ponto que não se pode deixar de esclarecer é a relevância ou não da inclusão de tal ponto no debate atual. Não se desconhece que diversos autores nacionais e estrangeiros propõem a exclusão de tal debate por incabível no atual estágio da disciplina do direito. Não se pode, no entanto, fechar os olhos às práticas da dogmática e a necessidade da debate da filosofia sobre estas práticas até mesmo para derrogá-las. A proposta que se faz no presente trabalho é fundamentada da discussão, no convencimento e para isto que se impõe a exaustão argumentativa do tema. E conclui-se com o afastamento da adoção do legislador histórico, sem que posicione pela correção de qualquer das correntes, chamada ideológicas.

Avançou-se para o terreno do poder de violência simbólica e sua relação com a interpretação jurídica. Antes de adentrá-la, procura colaborar com a tese defendida por Ferraz Júnior sobre a relação da tradução com a interpretação como uma opção metodológica em busca de critérios para fundamentar o processo de interpretação jurídica pragmática. Apresentou duas teorias, realista e idealista, para aproximar-se do se faz quando traduz um texto de uma língua para outra, porém as duas mostraram-se insatisfatória para o fim proposto. A saída articulada para o dilema é o uso competente da língua, uma questão claramente pragmática, pois inclui a questão do enfoque para uma boa tradução. Apontou-se a relação sintagmática, na qual a fala é organizada simbolicamente conforme critérios de

precedência, hierarquia, participação e relevância. Com a análise do poder de violência simbólica buscou-se uma resposta sobre com se forma a estrutura do uso competente merecedor de confiança. E a resposta ao questionamento encontra-se na relação de poder de violência simbólica, a qual se manifesta numa comunidade linguística como autoridade, liderança e reputação.

Na busca de formular uma teoria da interpretação de cunho pragmático, passou-se a uma breve análise inicial sobre a língua hermenêutica e apresentou os rudimentos da noção de legislador racional. Identificando uma língua realidade e uma língua normativa, foi possível fazer a analogia com a tradução, vez que interpretar é transpor as prescrições da língua normativa para a língua realidade. Indaga-se, no entanto da existência de uma língua hermenêutica. E para a resposta é que se foi buscar, neste primeiro momento, o constructo do legislador racional.

Visando a formulação da vaguidade, a clareza e a precisão do texto jurídico, fez-se uma pequena análise da diferenciação de códigos fortes e fracos, baseados na obra de Epstein. Tal análise bastante singela apenas prepara a discussão a ser travada um pouco adiante quando do desenvolvimento dos demais capítulos do estudo.

Parte-se para dar contornos mais claros ao legislador racional e a pragmática da interpretação jurídica. Para isto, aborda-se a racionalidade e a interpretação radical, proposta por Lewis e apresentada por Dascal. Na mencionada teoria toma-se as observações sobre o comportamento físico e o ambiente do indivíduo para o interprete atribuir significado tanto às elocuições, como ao estado mental dos indivíduos. O resultado é a adoção de posições extremadas na concepção oniciente do ambiente e a ignorância dos fatores de comunicação do indivíduo, consistente nas atitudes proposicionais, a língua em que se expressa e o conjunto dos significados. Assumimos posição da utilização dos recursos constantes da proposta de aproximação da tradução com a interpretação para sair do impasse subjetivista da interpretação radical.

A análise que se segue aborda o constructo do legislador racional e o raciocínio jurídico propriamente dito. Aproxima-se o conceito de legislador racional como a reconstrução do contexto da descoberta, heurísticamente, com os termos do contexto de justificação. Aqui se afirma que através de premissas epistêmicas e axiológicas e regras aceitas do raciocínio jurídico é que se produz a decisão. E todos os componentes, premissas epistêmicas e axiológicas e regras da justificação, fazem referência implícita a um constructo,

qual seja o legislador racional. Na descoberta do significado do texto legal, é possível adotar a ideia de que ele deve ser reconstruído a partir do que o legislador histórico quis dizer, do significado atual, legislador presente, ou de um constructo, no qual não se pergunta o que o legislador quis dizer, mas o que deveria dizer.

Procura-se, em seguida, caracterizar o perfil do legislador racional e do intérprete da lei. Para a tarefa em relação ao primeiro, parte-se de princípios pragmáticos, tais como da caridade, da racionalização, da veracidade e da manifestação. Já para o segundo parte-se pressuposições do raciocínio jurídico, podendo ser tomados como características do raciocínio interpretativo justificativo. São pressuposições factuais, das regras, nas últimas estão incluídas as relativas à linguagem jurídica, raciocínio jurídico e aos sistemas jurídicos. E, ainda, as pressuposições axiológicas. Ainda com relação ao constructo do legislador racional, analisou-se a racionalidade da interpretação para avaliar a possibilidade de construção deste caminho.

Tema que se passa a avaliar é a transparência e dúvida na proposta de uma teoria pragmática da interpretação. Uma observação é importante ser feita. Não se trata de uma tentativa de resgate de cânone interpretativo, como faz Alexy com o legislador histórico, muito antes é apenas uma opção de abordagem de questão polêmica com o instrumental da pragmática e a utilização de suas leis e princípios. Inicialmente é feita uma abordagem do tratamento da clareza na doutrina jurídica da interpretação e na tradição filosófica. Procura-se identificar o que é um texto claro, lembrando a vinculação da clareza com o princípio cartesiano epistemológico das ideias claras e distintas. Procede-se à crítica da doutrina tradicional. Em seguida procura-se demonstrar que questões como a clareza ou dúvida do texto normativo é tipicamente do campo da pragmática e determinam a existência possível de uma teoria pragmática da interpretação jurídica.

Procura-se demonstrar que a regra da interpretação não pode ser uma generalização empírica, vez que algum momento da prática legal o texto é tomado por claro. Ainda, o reconhecimento da clareza ou dúvida de um texto, que vai exigir uma interpretação de uma interpretação somente quando o signo linguístico não permitir uma compreensão imediata, a chamada interpretação-S. Tal necessidade não é baseada na descrição do texto, mas depende de quem toma as decisões. Assim, com a análise de decisões de determinado tribunal é possível identificar o que está claro e o que não está. Portanto, é de identificar-se que nem todo texto será S-interpretado, sendo a clareza utilizada para a compreensão direta do texto.

A consequência da adoção da interpretação pragmática, é que a busca pela clareza, transparência pragmática, deve encerrar-se sempre que alcançada. Assim, pode-se conciliar a crítica à doutrina tradicional da clareza, mantendo-a, e a pragmatização da clareza, qual seja, compreendida diante de um contexto determinado. Assim, podemos, também, proceder à diferenciação entre a utilização de uma interpretação feita pela doutrina e pela prática, pois estão em um contexto diferente: a doutrinária envolve os constructos normativos e supostas propriedades do sistema, ao passo que a prática utiliza-se de casos concretos.

É certo, no entanto, que a contextualidade pode fazer surgir uma situação de dúvida ou clareza pragmática e, nestas circunstâncias dar-se-á início ao processo interpretativo.

Deve ficar ressaltado, que a negligência com a qual a dogmática jurídica toma em relação ao aspecto pragmático da linguagem deixa-a sem possibilidade racional de solução para temas que guardam grande relevância. A utilização do constructo do legislador racional preenche uma lacuna significativa da doutrina dogmática jurídica, na medida em que retira a discussão sobre o que quis o legislador passado ou presente e inclui uma premissa ética de acordo com o contexto vivenciado. Assim, crê-se que o presente estudo possa contribuir nos passos dados até aqui na construção de uma teoria que possa trabalhar com todos os elementos semióticos aplicado ao direito.

Referencia Bibliográfica.

AARNIO, Aulis. **Derecho, racionalidad y comunicación social: Ensayos sobre filosofía del derecho**. 2. ed. México: Fontomara. 2000.

_____. **Le rational comme raisonnable - La justification en droit**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1992.

ALEXIS, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do Discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Landy: São Paulo. 2001.

ALVES, Alaor C. **Lógica: Pensamento Formal e Argumentação. Elementos para o Discurso Jurídico**. São Paulo: Quartier Latin. 2003.

ALVES, Virgínia C. F. **Inquirição na justiça: estratégias linguístico-discursivas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2003.

AMATUZZI, Mauro Martins. **O Resgate da fala autêntica**. Campinas: Papirus. 1989.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale: Parte generale**. 13. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè. 1994.

ARNAULD, Antoine *et* NICOLE, Pierre. **La logique ou L'art de penser**. Paris: Gallimard. 1992.

ARISTÓTELES. **Órganon: Categorías, Da intrerpretação, Analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas**. Barú: Edipro. 2005.

_____. **Retórica**. Trad. Antonio Tovar. Madri: Instituto de Estudios Políticos. 1953.

_____. **Retórica**. Trad. Alberto Bernabé. Madri: Alianza Editorial; 1ª edición, 5ª reimpresión, 2004.

_____. **Tópicos; Argumentos sofísticos**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. A. Pickard. São Paulo: Nova Cultural, 1987. v. I.

AUBENQUE, Pierre. **El problema Del ser en Aristóteles**. Madrid: Taurus. 1974.

_____. **A Prudência em Aristóteles**. São Paulo: Discurso Editorial. 2003.

AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990.

BALLWEG, Otomar. **Rechtswissenschaft und Jurinprudenz**. Basel-Ch: Helbing & Lichtenhahn. 1970.

BATTAGLIA, Maria Helena V.; NOMURA, Masa (orgs.). **Estudos linguísticos contrastivos em alemão e português**. São Paulo: Annablume; Fapesp. 2008.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BEUCHOT, Mauricio. **La retórica como pragmática y hermenéutica**. Rubí (Barcelona): Anthropos. 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

BOUCAULT, Carlos E. A.; RODRIGUEZ, José R. (orgs.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução: Elementos para uma teoria do sistema de ensino**. 3. ed. Petrópolis: Vozes. 2010.

_____. **O poder simbólico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2003.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. PCA nº 0.00.000.001767/2010-36. Rel. Cons. Claudia Chagas, julgado em 26 out 2010,

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 3 mai 2007, Plenário, publicado no Diário da Justiça de 22 jun. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 02 mai. 2007, publicado no Diário da Justiça 131, de 26 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3996, Rel. Min. Celso de Mello, aguarda julgamento.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segundo Ag. Reg. na ação penal 470-1 Minas Gerais, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 9 set. 2010, publicado no Diário da Justiça 190, 8 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 73888/SC. Rel. Min. Marco Aurélio. Paciente: Francisco Sobesik, Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Julgamento em 13 ago. 1996, publicado no Diário da Justiça, 04 out.1996, pp. 37102.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 87.656, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Paciente: Oédina Aparecida da Silva Colósio. Coator: Superior Tribunal de Justiça julgamento em 14-3-2006, Primeira Turma, publicado no Diário de Justiça de 31 mar. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 95.398. Relatora a Ministra Cármen Lúcia. Paciente: Márcio Rabello Severo ou Márcio Rabello Severo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Julgado no dia 4 ago. 2009, publicado no Diário da Justiça em 3 set. 2009

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 98712/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Paciente: Jayr Galhardo Júnior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 27 abr. 2010. Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 584.

_____. Supremo Tribunal Federal. mandado de injunção 718-2. Rel. Min. Carlos Britto. Impetrante: Cristina de Fátima do Nascimento. Impetrado: Presidente da República. Julgamento em 9 mai. 2005, publicação no Diário da Justiça de 23 mai. 2005, p. 00005.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 772-AgR, Rel. Min. Celso de Mello. Agravante: Ramiro Carlos Rocha Rebouças. Julgamento em 24 out. 2007, Plenário, Publicação Diário da Justiça 20 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 21.143. Rel. Min. Marco Aurélio. Impetrante: Raimundo Nascimento da Conceição. Impetrado: Presidente da República. Julgado em 27 set. 1995, publicado no diário da Justiça de 25 set. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 21.623. Rel. Min. Carlos Velloso. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e do processo de "impeachment". Julgamento em 17 dez. 1992, Plenário, publicado no Diário da Justiça de 28 mai. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança 25.027. Rel. Min. Carlos Veloso. Impetrante: Maria Lúcia Guterres Costa. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Julgamento em 19 mai. 2005, publicação no Diário da Justiça em 1º jul. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Julgamento em 4 out. 2007, Plenário, publicado no Diário da Justiça de 17 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 26.604. Rel. Min. Cármen Lúcia. DEMOCRATAS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Julgamento em 4 out. 2007, Plenário, publicado no Diário de Justiça de 3 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Julgamento em 4 out. 2007, Plenário, publicado no Diário da Justiça de 19 dez. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 158.314, Rel. Min. Celso de Mello. Recorrente: Luiz Giacomini. Recorrido: Coligação "Frente Liberal Trabalhista"-PFL/PDT, julgamento em 15 dez. 1992, Primeira Turma, publicado no Diário da Justiça de 12 fev. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 153.771. Rel. para o ac. Min. Moreira Alves. Recorrente: José Tarcizio de Almeida Melo. Recorrido: Município de Belo Horizonte. Julgamento em 20 nov. 1996, Plenário, publicado no Diário da Justiça de 5 set. 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 289.847, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: João Vieira da Silva. Julgamento em 28 nov. 2000, Primeira Turma, publicado no Diário da Justiça de 2 fev. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 446.999. Rel. Min. Ellen Gracie. Recorrente: Francisco Rubensmário Chaves Siqueira. Recorridos: José Tavares de Lira; Coligação Democrática Ipubiense (PP/PMDB/PFL/PSDB); Antônio Rogério Andrade de Carvalho, julgamento em 28 jun. 2005, Segunda Turma, publicado no Diário da Justiça de 9 set. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 335.428, Rel. Min. Dias Toffoli. Recorrente: Celso Cruz. Recorrido: Município de Ourinhos. Julgamento em 18 mai. 2010, Primeira Turma, publicado no Diário da Justiça de 6 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição 3388/RR. Requerentes: Augusto Affonso Gomes das Chagas. Requerido: União. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, 19.3.2009. Diário da Justiça 120, de 1.7.2010, p.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 263-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 4 fev. 2010, Plenário, Diário da Justiça de 26 fev. 2010.

BUBER, Martin. **Do diálogo e do dialógico**. São Paulo: Perspectiva. 1982.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 3. reimp. Coimbra-PT: Almedina. 2003.

CARNAP, Rudolf. **Introduction to Semantics**. Cambridge. 1942.

CARRIL, Enrique H. Del. **El lenguaje de los jueces: criterios para la delimitación de significados lingüísticos en el razonamiento judicial**. Buenos Aires: Ad-hoc. 2007.

CASTELLS, Manuel. **Comunicazione e potere**. Milão: Università Bocconi. 2009.

CHARAUDEAU, Patrick. **Linguagem e discurso: modos de organização**. São Paulo: Contexto, 2008.

CHAUÍ, Marielena. **Convite à Filosofia**. 13. ed., 9. reimp. São Paulo: Ática. 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2000, v. II.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Roteiro de Lógica Jurídica**. São Paulo: Saraiva. 2004.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares: problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC. 2006.

COSTA, Claudio Ferreira. **A linguagem factual**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro. 1996.

DASCAL, Marcelo. **Filosofia del lenguaje II. Pragmática**. Madrid-ES: Trotta. 1999.

_____. **Fundamentos metodológicos da linguística: Pragmática - problemas, críticas, perspectivas da linguística**. Campinas: Ed. do Autor. 1982.

_____. **Interpretação e compreensão**. São Leopoldo: Unisinos. 2006.

DESCARTES, René. **O Discurso do Método**. In Os Pensadores – Descartes. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. **Regras para a Orientação do Espírito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999a.

DILTHEY, Wilhelm. **Teoria das Concepções do mundo**. Lisboa: Edições 70. 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 20040020045353 ADI. Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, Conselho Especial, julgado em 15/07/2008, publicado DJ 13/07/2009 p. 8

DUBOUCHET, Paul. **Sémiotique juridique: introduction à une science du droit**. Paris-Fr: Presses Universitaires de France. 1990.

DUCROT, Oswald. **Princípios de semântica linguística: dizer e não dizer**. São Paulo: Cultrix. 1977.

DUXBURY, Neil. *Patterns of American jurisprudence*. 1. ed., 1. reimp. New York: Oxford University Press. 2001.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva. 2004.

_____. **Quase a mesma coisa**. Rio de Janeiro: Record. 2007.

_____. **Tratado Geral de Semiótica**. 4. ed. 1. reimp. São Paulo: Perspectiva. 2003.

EPSTEIN, Isaac. **Gramática do poder**. São Paulo: Ática. 1983.

_____. **Modos de comunicação das classes subalternas: Subsídio para uma "gramática do poder"**. In: MELO, José Marque de Melo (coord.). **Comunicação e classes subalternas**. São Paulo: Cortez, 1980, p. 19-40.

FÁVERO, Leonor L.; MOLINA, Márcia A. G. **As concepções linguísticas no Século XIX – A gramática no Brasil**. Rio de Janeiro: Lucerna. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa**. in *Revista Internazionale di filosofia del diritto*. pp. 290-304, 1966. V. 43.

_____. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia**. Laterza: Roma. 2007, 3 vol.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas.** Barueri-SP: Monole. 2007.

_____. **Direito, Retórica e Comunicação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1997.

_____. **Estudos de filosofia do direito.** 3. ed. São Paulo: Atlas. 2009.

_____. **Introdução ao estudo do direito: Técnicas, decisão, dominação.** 3. ed. São Paulo: Atlas. 2001.

_____. **Teoria da norma jurídica.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; NERY JÚNIOR, Nelson; CARRAZZA, Antonio Roque. **Efeito "ex nunc" e as decisões do STJ.** 2. ed. Barueri: Manole. 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio e MARANHÃO, Juliano S. A.. **Função Pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: Lógica do ou no Direito?** in Revista do instituto de Hermenêutica Jurídica, v.1, p273-318, 2007.

FERREIRA, Fernando Galvão A. **O Discurso jurídico como discurso prático: Aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas.** in Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, nº 9 – Dez 2006, p. 85-101

FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação.** 2. ed. São Paulo: Ática, 1999.

FISH, Stanley. **Doing What comes naturally: Change, rhetoric and the partice of theory in literary and legal studies.** 4. ed. Durhan-UK: Duke University Press. 1999.

FLUSSER, Vilém. **Linguagem e realidade.** 3. ed. São Paulo: Annablume. 2007.

_____. **Para uma teoria da tradução.** in Revista Brasileira de Filosofia, XIX (73), p. 16-22, 1969.

FONTANILLE, Jacques. **Semiótica do discurso.** 1. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método - Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. **Verdade e Método - Complementos e índice.** Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tónica jurídica**. Madrid: Civitas; 1988.

GRÁCIO, Rui Alexandre. **Racionalidade Argumentativa**. ASA, 1993.

GRECO FILHO, Vicente, Uma interpretação de duvidosa dignidade, publicado na página de internet da Associação Paulista dos Magistrados em 31/08/2009.)

GRICE, Paul. **Studies in the way of words**. Cambridge-MA: Havard University Press. 1991.

_____. **Lógica e conversação**. In DASCAL, Marcelo (org.). **Fundamentos metodológicos da linguística: Pragmática - problemas, críticas, perspectivas da linguística**. Campinas: Ed. do Autor. 1982.

GRÖSCHNER, Rolf. **Dialogik und Jurisprudenz: Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis**. Tübingen: Mohr. 1982.

GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano. Giuffrè. 1993.

_____. **Lezioni sul linguaggio giuridico**. Torino: G. Giappichelli. 1985.

_____. **L'interpretazione dei documenti normativi**. Milano: Giuffrè. 2004.

_____. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. 2. ed. Trotta: Madrid. 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas. 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro: Zahar. 1982.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1990.

_____. **Philosophische Texte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 2009, B. 1, 2, 3, 4 und 5.

_____. **Racionalidade e comunicação**. Lisboa: Edições 70. 2002.

HARET, Florence; CARNEIRO, Jerson (coord.). **Vilém Flusser e Juristas: Comemoração dos 25 anos do Grupo de Estudos de Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Noeses. 2009.

HECK, Philipp. **Das Problem de rechtsgewinnung**. Tübingen-De: J.C.B. MOHR, 1912.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1955, V. I, T. 2º.

JESUS, Damásio. **Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 1985. v. I.

KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la lógica jurídica: Elementos de smiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica**. Buenos Aires: EUDEBA. 1973.

_____. **Introduction a la logique juridique. Éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique**. Paris: LGDJ. 1965.

KAMALAH, Wilhelm e LORENZEN, Paul. **Logische Propädeutik: Vorschule des Vernünftigen Redens**. 3 Auflage, unveränd. Nachdruck - Stuttgart; Weimar: Metzler, 1996.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70. 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris. 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed..Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989.

LEWIS, David. **Radical interpretation**. in Journal Synthese. Volume 27, Numbers 3-4, 1974, p. 331-344

LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschat der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1997.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1983, V. I, 1985, V. II.

HOECKE, Mark Van. **Law as communication**. Oxford-Portland-USA: Hart Publishing. 2002.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 18. reimp. Coimbra: Almedina. 2010.

MAINGUENEAU, Dominique. **Pragmática para o discurso literário**. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

MARCONDES, Danilo. **A pragmática na filosofia contemporânea**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2005.

_____. **Filosofia, linguagem e comunicação**. 4. ed. São Paulo: Cortez. 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação o direito**. 19. ed. 14. tir. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

MONTEIRO, Claudia S. **Teoria da Argumentação Jurídica e a Nova Retórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2003.

MONTORO, André F. **Introdução à Ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

MORCHÓN, Gregorio Robles. **El derecho como texto: Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho**. 2. ed. Madrid: Tomson-Civitas. 2006.

MORRIS, Charles. **Fundamentos de la teoría de los signos**. Barcelona: Paidós. 1985.

MÜLLER, Friedrich. **Direito - linguagem - violência: Elementos de uma teoria constitucional, I**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1995.

_____. **Juristische methodik**. 2.ed. Berlin: Duncker und Humblot. 1976.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. 2000.

_____. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

NINO, Carlos S. **Introducción Al Análisis Del Derecho**. 4. ed. Barcelona: Ariel. 1991.

NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo (orgs.). **Direito e democracia: Um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros. 2008.

NOVALES, Teresa P. **Hermenéutica, argumentación y justicia en Paul Ricoeur**. Madrid: Dykinson. 2005.

OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2006.

OLMI, Alba. **Metodologia crítica da tradução literária: Duas versões italianas de Dom Casmurro**. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2001.

OST, François. **Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz**. Revista DOXA, n. 14 (1993), p. 174. Disponível na internet: http://cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/52586177762636009641157/cuaderno14/doxa14_11.pdf, acesso em 22 de agosto de 2010.

PAGNAN, Rogério. **Senado avalia mudar nova lei do estupro após beneficiar condenados**. <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/751775-senado-avalia-mudar-nova-lei-do-estupro-apos-beneficiar-condenados.shtml>, 12 de nov. 2010.

PEIRCE, Charles Snaders. **Escritos Coligidos**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **Semiótica**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

_____. **Semiótica e filosofia**. 3. ed. São Paulo: Cultrix. 1984.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica – A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Droit, Morale et Philosophie**. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence. 2ª ed.. Paris: 1976.

_____. **Le Raisonnable et le déraisonnable em droit – Au-delà du positivisme juridique**. Paris: LGDJ. 1984

_____. **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**. Madrid: Civitas, 1979.

_____. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

_____. **O Império da Retórica**. ASA, 1999.

_____. **The Idea of Justice and the problem of Argument**. Routledge & Kegan Paul. 1963-a.

_____. **Justice et raison**. Bruxelas: Presses universitaires de Bruxelles. 1963-b.

_____. **Les antinomies em Droit**. Établissements Émile Bruylant. 1965.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Trattato dell'argomentazione**. Giulio Einaude editore. 1966.

PROSS, Harry. **La violencia de los símbolos sociales**. Barcelona: Anthropos. 1983.

_____. **Zwänge. Essay über symbolische Gewalt**. Berlin: Karin Kramer. 1981.

PROSS, Harry; BETH, Hanno. **Introducción a la ciencia de la comunicación**. 1. Reimp. Barcelona: Anthropos. 1990.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PLATÃO. **A república (ou da justiça)**. Bauru: Edipro, 2006.

PETRI, Maria J. Constantino. **Argumentação linguística e Discurso jurídico**. São Paulo: Selinunte. 1994.

PUGLIESI, Márcio. **Por uma teoria do direito: aspectos micro-sistêmicos**. São Paulo: RCS Editora. 2005.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.

_____. **Valor, respeito e apego**. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

_____. **The authority of law: Essays on law and morality.....**

RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação**. Lisboa: Edições 70. 2000.

ROESLER, Claudia R. **Saber Jurídico, Retórica e ciência: Uma análise da Obra de Theodor Viehweg**. São Paulo: USP. 2002.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru: Edipro. 2000.

_____. **Lógica de las normas**. Madrid: Editorial Tecnos. 1971.

ROSSEAU, Jean J. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix. 1965.

RUIZ, Castor m. m. B. **Os labirintos do poder: O poder (do) simbólico e os modos de subjetivação**. Porto Alegre: Escritos. 2004.

SANTOS, Maria Celeste C. L. dos. **Poder jurídico e violência simbólica**. São Paulo: Cultural Paulista. 1985.

SAVGNY, Friedrich. **Metodologia Jurídica**. Campinas: Edicamp. 2001.

SEARLE, John R. **Expressão e Significado – estudos da teoria dos atos da fala**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

_____. **Intencionalidade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica jurídica: Seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro**. São Paulo: Leia; Brasiliense. S/d. 4 vol.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2006

SILVA, Kelly Susane Alfen. **Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial**. Porto Alegre: Safe. 2000.

SILVA, Roberto Carlos. **Racionalidade da ciência do Direito: Uma análise da Obra de Chaïm Perelman e Theodor Viehweg**. São Paulo: PUC. 2005.

_____. **A interpretação como investigação zetética**. in Revista de Artigos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. n. 4, 2010, p. 13-52.

SNELL, Bruno. **A descoberta do espírito: as origens do pensamento europeu na Grécia**. Lisboa: Edições 70. 2003.

TARELLO, Giovani. **L'interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè. 1980.

VEIGA, Guilherme. **Teatro e Teoria na Grécia antiga**. 2. ed. Brasília: Thesaurus. 2008.

VIEHWEG, THEODOR. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional. 1979.

_____. **Tópica e jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008.

_____. **Tópica y filosofía del derecho**. Barcelona: Gedisa. 1997.

VIOLA, Francesco e ZACCARIA, Giuseppe. **Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho.** Madrid: Dykinson. 2007.

VOGT, Carlos. **Linguagem pragmática e ideologia.** 2. ed. São Paulo: Hucitec. 1989.

VOLLI, Ugo. **Manual de semiótica.** São Paulo: Loyola. 2007.

_____. **Semiotica della pubblicità.** 2. ed. Roma: Laterza. 2008.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick e JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana.** 12. ed. São Paulo: Cultrix. 2001.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** 4. ed. São Paulo: Editora UnB/Imprensa oficial do Estado de São Paulo. 2004. 2v.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas.** Barcelona: Ediciones Altaya. 1999.

_____. **Tratado lógico-filosófico; Investigações filosóficas.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Conceptions of justification in legal discourse.** In Rivista internazionale di filosofia del diritto. IV Serie - LXVI - Milano: Giuffrè. 1989, p. 679-705.

_____. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.** 1. ed., 1. reimp. Madrid: Civitas. 2001.

_____. **El problema del significado de la norma jurídica.** in Revista Juridica Argentina La Ley. Buenos Aires: La Ley. 1965, p. 955-965.

_____. **Principles, Values, and Rules in Legal Decision-Making and the Dimensions of Legal Rationality.** in Ratio Juris. Volume 3 Issue S1. 1990. p. 100-117.

_____. **Sentido y hecho en el derecho.** 1. ed., 2. reimp. Mexico D.F.: Fontaamara. 2008.